مُغْنِي المُحْتَاج

إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

للشيخ
شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني

دراسة وتحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه
الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل
كلية الدراسات - جامعة الأزهر

الجزء الثالث

يحتوي على الكتب التالية

السلم، الرهن،
التفليس، الحوالة، الضمان، الشركة، الوكالة،
الإقرار، العارية،
الغصب، الشفعة، القراض، المساقاة، الإجارة،
إحياء الموات، الوقف، الهبة، اللقطة، اللقيط، الجعالة

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



مغني المحتاج

إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

للشيخ

شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني

دراسة وتحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل

كلية الدراسات - جامعة الأزهر

الجزء الثالث

يحتوي على الكتب التالية

السلم، الرهن، التفليس، الحوالة، الضمان، الشركة، الوكالة، الإقرار، العارية، الغصب، الشفعة، القراض، المساقاة، الإجارة، إحياء الموات، الوقف، الهبة، اللقطة، اللقيط، الجعالة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ ٱلسَّلَمِ

هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ

كِتَابُ ٱلسَّلَمِ

ويقال له السلف ، يقال أسلم وسلم ، وأسلف وسلف ، والسَّلَمُ لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق . قاله الماوردي ، سمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس ، وسلفاً لتقديم رأس المال[1] . والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نزلت في السلم ، رواه الشافعي رضي الله تعالى عنه ، وخبر الصحيحين «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[2] (هو بيع) شيء (موصوف في الذمة) قال

---

(١) السلم لغة : الاستعجال ، والسلم بالتحريك السلف ، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد والاسم السلم .
انظر : لسان العرب : ٣/٢٠٨١ ، المصباح المنير : ٢/٢٨٦ ، تحرير التنبيه : ٢٠٩ .
واصطلاحاً :
عرّفه الحنفية بأنه : عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن ـ هو أخذ عاجل بآجل .
عرّفه المالكية بأنه : عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين .
عرّفه الحنابلة بأنه : عقد على موصوف في ذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس عقد .
انظر : شرح فتح القدير : ١/٦٩ ، البيجرمي على الإقناع ٣/٤٤ ، مواهب الجليل : ٤/٥١٤ ، مطالب أولي النهى : ٣/٢٠٧ .

(٢) أخرجه البخاري : ٤/٥٠٠ في السلم «٢٤٣٩» وفي ٤/٥٠١ ، في السلم ٢٢٤٠ ـ ٢٢٤١ ، ومسلم : ٣/١٢٢٧ في المساقاة (١٢٧/١٦٠٤) .
وأخرجه أبو داود ٢/٢٧٥ في البيوع (٣٤٦٣) .
أخرجه الترمذي ٣/٦٠٢ في البيوع (١١٣١) .
أخرجه ابن ماجه ٢/٧٦٥ في التجارات (٢٢٨٠) .
أخرجه مسلم ٣/١٢٢٤ في المساقاة (١١٨/١٦٠٠) .
وأخرجه أبو داود ٣/٢٤٧ ، في البيوع (٣٣٤٦) .

يُشْتَـرَطُ لَهُ مَـعَ شُرُوطِ الْبَيْـعِ أُمُورٌ : أَحَـدُهَا تَسْلِيمُ رَأْسِ المَالِ فِي المَجْلِسِ فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي المَجْلِسِ جَازَ ، وَلَـوْ أَحَالَ بِـهِ

الشـارح هذه خـاصته المتفق عليهـا : أي وأما لفظ السلم ، فيشتـرط فيـه على الأصـح كمـا سيأتي . قال الـزركشي : وليس لنا عقـد يختص بصيغة إلا هـذا والنكاح ، ويؤخـذ من كون السلم بيعاً أنه لا يصح إسلام الكافر في الرقيق المسلم ، وهو الأصح كما في المجموع وإن صحح الماوردي صحته وتبعه السبكي ، ومثل الرقيق المسلم الرقيق المرتد كما مـرّ في باب البيع (**يشترط له مع شروط البيع**) المتوقف صحته عليها غير الرؤية ؛ لأن سلم الأعمى يصح كما مرّ ليصح هو أيضاً (**أمور**) ستة (**أحدها تسليم رأس المال**) وهو الثمن (**في المجلس**) أي مجلس العقد قبل لزومه ؛ لأن اللزوم كالتفرق كمـا مرّ في بـاب الخيار إذ لـو تأخـر لكان في معنى بيع الدين بالدين إن كـان رأس المال في الـذمّة ؛ ولأن في السلم غـرراً فلا يضم إليـه غـرر تأخيـر تسليم رأس المال ، ولا بـدّ من حلول رأس المال كمـا قالـه القاضي أبـو الطيب كالصرف ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس ، فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو ألزمـاه بطل العقد أو قبل تسليم بعضه بـطل فيما لم يقبض ، وفيمـا يقابله من المسلم فيـه ، وصحّ في البـاقي بقسطه قـالا كما لـو اشترى شيئين فيتلف أحـدهما قبـل القبض فيؤخذ منـه ثبوت الخيار ، وبه صرح في الأنوار وإن جزم السبكي بخلافـه . ولو قـال المسلم : أقبضتك بعـد التفرق وقال المسلم إليه قبله ولا بينة صدق مدّعي الصحة كما علم ممـا مرّ وإن أقـاما بينتين قدمت بينة المسلم إليه ؛ لأنها مع موافقتهـا الظاهـر ناقلة ، والأخـرى مستصحبة ، ولا يكفي قبض المسلم فيه الحالّ في المجلس عن قبض رأس المال ؛ لأن تسليمه فيه تبرع ، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات .

تنبيـه : أفهم كلام المصنف أنه لـو قال أسلمتُ إليـك المائـة التي في ذمّتك مثـلاً في كذا أنه لا يصح السلم ، وهو كذلك (**فلو أطلق**) كأسلمت إليك دينـاراً في ذمّتي في كذا (**ثم عين**) الدينار (**وسلم في المجلس**) قبل التخاير (**جاز**) ذلـك ؛ لأن المجلس حريم العقـد فله حكمـه ، فإن تفـرقا أو تخـايرا قبله بـطل العقد (**ولـو أحـال**) المسلم المسلم إليـه (**بـه**) أي

= والترمذي ٣/٦٠٩ في البيوع (١٣١٨) .
أخرجه النسائي ٧/٢٩١ في البيوع .
أخرجه ابن ماجه ٢/٧٦٧ في التجارات (٢٢٨٥) .

وَقَبَضَـهُ المُحَالُ فِي المَجْلِسِ فَـلاَ ، وَلَوْ قَبَضَـهُ وَأَوْدَعَهُ المُسْلِمُ جَـازَ ، وَيَجُـوزُ كَـوْنُـهُ مَنْفَعَـةً ،

رأس المال (**وقبضه المحال**) وهو المسلم إليـه (**في المجلس فلا**) يجـوز ذلك سـواء أذن في قبضه المحيل أم لا ؛ لأن بالحوالـة يتحوّل الحق إلى ذمّـة المحال عليـه فهو يؤديـه عن جهة نفسه لا عن جهة المسلم ، نعم إن قبضـه المسلم من المحال عليـه أو من المسلم إليه بعـد قبضه بإذنه وسلم إليه في المجلس صحّ وإن أمره المسلم بالتسليم إليه ففعـل لم يكف لصحة السلم ؛ لأن الإنسان في إزالة ملكـه لا يصير وكيـلاً لغيره ، لكن يصيـر المسلم إليـه وكيـلاً للمسلم في قبضـه ذلك ، ثم السلم يقتضي قبضـاً آخر ، ولا يصـح قبضـه من نفسـه ، وإن جرت الحوالـة من المسلم إليه على رأس المـال وتفرقـا قبل التسليم بـطل العقد وإن جعلنـا الحوالة قبضاً ؛ لأن المعتبر هنا القبض الحقيقي ، ولهذا لا يكفي عنـه الإبراء ، نعم إن أمـر المسلم إليـه المسلم بالتسليم إلى المحتـال ففعل في المجلس صـح القبض وكان المحتـال وكيلاً فيه عن المسلم إليـه فيصح العقـد على خلاف مـا مرّ في إحـالة المسلم ، والفـرق ما وجهـوا به ذلـك من أن القبض فيه يقبض عن غيـر جهة السلم بخـلافه هنـا ، والحـوالـة في المسألتين بكل تقدير فاسدة لتوقف صحتها على صحة الاعتياض عن المحال به وعليـه وهي منتفية في رأس مال السلم ؛ ولأن صحتها تستلزم صحة السلم بغير قبض حقيقي .

تنبيـه : قوله وقبضه المحال ليس شرطاً بل غاية ، فلو لم يقبضه فأولى بالبـطلان ، فلو قـال وإن قبض كان أولى ولـو صالـح عن رأس المال لم يصـح لعـدم قبض رأس المـال في المجلس ولـو كان رأس المـال رقيقاً فـأعتقه المسلم إليـه قبل القبض لم يكن قبضـاً ، ثم إن تفرقا بعد القبض بان صحة العقد لوجود الشرط ونفذ العتق على المعتمد كما جزم به الشيـخ عبد الغفار القـزويني ، وهو أحـد وجهين في الروضـة صححه أبـو عبـداللّه الحجـازي في مختصرها وإن تفرقا قبله بطل العقد ، ولو كان الرقيق يعتق على المسلم إليه ، فقياس ما ذكر الصحة إن قبضه قبل التفرق وإلا فلا (**ولو قبضه**) المسلم إليه في المجلس (**وأودعه المسلم**) قبل التفرق (**جاز**) ؛ لأن الوديعة لا تستدعي لزوم الملك ، وكذا يجوز لو ردّه إليه عن دينه كما اقتضاه كلام أصل الروضة في باب الربا وصححه في المهمات هنا كالبغوي خلافاً لما نقـلاه عن الروياني هنا وأقرّاه ؛ لأن تصرف أحد العاقدين في مـدّة خيار الآخـر إنما يمتنـع إذا كان مع غير الآخر ؛ لأن صحته تقتضي إسقاط ما ثبت لـه من الخيار . أمـا معه فيصـح ، ويكون ذلك إجازة منهما (**ويجوز كـونه**) أي رأس المـال (**منفعة**) معلومـة كما يجـوز جعلها ثمنـاً أو

وَتُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ ، وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ المَالِ بَاقٍ اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ ، وَقِيلَ لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي المَجْلِسِ دُونَ العَقْدِ ، وَرُؤْيَةُ رَأْسِ المَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الأَظْهَرِ . الثَّانِي كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْناً فَلَوْ قَالَ أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هٰذَا الثَّوْبَ

أجرة وصداقاً **(وتقبض بقبض العين)** لأنه لما تعذر القبض الحقيقي اكتفى بهذا ؛ لأنه الممكن في قبض المنفعة ؛ لأنها تابعة لها ، ومن هذا يؤخذ أنه لو جعل رأس المال عَقاراً غائباً ومضى في المجلس زمن يمكن فيه المضيّ إليه والتخلية صح ؛ لأن القبض فيه بذلك وهو كذلك ، وقضية كلامه أنه لو كانت المنفعة متعلقةً ببدنه كتعليم سورة وخدمة شهر صحّ وبه صرّح الروياني ولم يطلع عليه الإسنوي فبحثه ، لكن استثنى منه ما لو سلم نفسه . ثم أخرجها من التسليم ؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد . قال شيخنا : وما استثناه مردود إذ لا يمكنه إخراج نفسه كما في الإجارة **(وإذا فسخ السلم)** بسبب يقتضيه كانقطاع المسلم فيه عند حلوله **(ورأس المال باق)** لم يتعلق به حق ثالث **(استردّه بعينه)** وليس للمسلم إليه إبداله سواء ورد العقد عليه أو على الذمّة ثم عين في المجلس **(وقيل للمسلم إليه ردّ بدله إن عين في المجلس دون العقد)** ؛ لأن العقد لم يتناول عينه ، وأجاب الأوّل بأن المعين في المجلس بمثابة المعين في العقد . أما إذا كان تالفاً فإنه يستردّ بدله من مثل أو قيمة ، ولو أسلم دراهم أو دنانير في الذمة حمل على غالب نقد البلد ؛ فإن لم يكن غالب بين النقد المراد وإلا لم يصح كالثمن في المبيع أو أسلم عرضاً في الذمة وجب ذكر قدره وصفته **(ورؤية رأس المال)** المثلي **(تكفي عن معرفة قدره في الأظهر)** كالثمن والمبيع المعين ، فإن اتفق فسخ وتنازعا في القدر ، فالقول قول المسلم إليه ؛ لأنه غارم ، والثاني : لا يكفي بل لا بدّ من معرفة قدره بالكيل في المكيل أو الوزن في الموزون ، وقول الشارح والذرع في المذروع مرجوح فإنه ليس بمثلي لأنه قد يتلف وينفسخ السلم فلا يدري بمَ يرجع ، واعترض بإتيان مثل ذلك في الثمن والمبيع . أما رأس المال المتقوّم فتكفي رؤيته عن معرفة قيمته قطعاً ، وقيل فيه القولان ، ومحل الخلاف إذا تفرّقا قبل العلم بالقدر والقيمة ، ولا فرق في جريان الخلاف بين السلم الحالّ والمؤجل **(الثاني)** من الأمور المشروطة **(كون المسلم فيه ديناً)** ؛ لأن لفظ السلم موضوع له . فإن قيل الدينية داخلة في حقيقة السلم ، فكيف يصح جعلها شرطاً ؛ لأن الشرط خارج عن المشروط ؟. أجيب بأن الفقهاء قد يريدون بالشرط ما لا بدّ منه ، فيتناول حينئذ جزء الشيء **(فلو قال أسلمت إليك هذا الثوب**

فِي هَـٰذَا الْعَبْدِ فَلَيْسَ بِسَلَمٍ وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعاً فِي الْأَظْهَـرِ . وَلَوْ قَـالَ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْباً صِفَتُهُ كَذَا بِهٰذِهِ الدَّرَاهِمِ فَقَالَ بِعْتُكَ انْعَقَدَ بَيْعاً وَقِيلَ سَلَماً . الثَّالِثُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِـعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ ، أَوْ يَصْـلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَـةٌ اشْتُرِطَ بَيَـانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ وَإِلَّا فَـلَا ،

في هذا العبد) فقبل **(فليس بسلم)** قطعاً لانتفاء الدينية **(ولا ينعقد بيعاً في الأظهـر)** لاختلاف اللفظ ، فإن اسم السلم يقتضي الدينية والدينية مع التعيين يتناقضان ، والثـاني : ينعقد بيعـاً نظراً للمعنى **(ولو قال : اشتريت منـك ثوبـاً صفته كـذا بهذه الـدراهم فقال : بعتـك انعقد بيعاً)** اعتباراً باللفظ ، وهذا هو الأصح في أصل الروضة وصححه البغـوي وغيره ولم يصـرّح في الشرحين هنا بترجيح **(وقيل سلماً)** اعتباراً بالمعنى واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كـلّ سلم بيع كما أن كل صرف بيع ، فإطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله ، وهذا ما رجحـه العراقيون ، ونقله الشيخ أبو حامد عن النص ، وجرى عليه الشيـخ في التنبيه ، ونبهت عليـه في شرحه بأنه وجه صححه ابن الصباغ ، وقال الإسنوي : الفتوى عليه ، ومحل الخلاف إذا لم يـذكر بعـده لفظ السلم ، فلو قال : بعتـك سلماً أو اشتـريتـه سلمـاً فسلم كمـا جـزم بـه الشيخان في تفريق الصفقة .

تنبيـه : تقييد المصنف المسألة بالـدراهم المعينة ليس بشـرط بل لـو كانت في الـذمة كـانت على الخلاف المتقـدّم أيضاً **(الثـالث)** ، من الأمـور المشـروطـة : مـا تضمنـه قـولـه **(المـذهب أنه إذا أسلم بمـوضع لا يصلح للتسليم أو يصلح ولحمله)** أي المسلم فيـه **(مؤنة اشترط بيان محلّ)** بفتح الحاء : أي مكان **(التسليم)** للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يـراد من الأمكنـة في ذلك **(وإلا)** بـأن صلح للتسليم ولم يكن لحمله مؤنة **(فـلا)** يشتـرط مـا ذكـر ويتعين مكان العقد للتسليم للعرف ، ويكفي في تعيينه أن يقول : تسلم لي في بلدة كذا إلا أن تكون كبيرة كبغداد والبصرة ، ويكفي إحضاره في أولها ، ولا يكلف إحضاره إلى منزله ، ولو قال في أيّ البلاد شئت فسد أو في أيّ مكان شئت من بلد كذا ، فإن اتسع لم يجز وإلا جـاز ، أو ببلد كـذا وبلد كـذا فهـل يفسـد أو يصـح ، وينـزل على تسليم النصف بكـل بلد وجهان ؟ أصحهما كما قال الشـاشـي الأوّل. قال في المـطلب : والفرق بين تسليمـه في بلد كذا وتسليمه في شهر كذا حيث لا يصح اختلاف الغرض في الزمان دون المكان ومقابل المذهب ستة طرق ذكرها الرافعي ، فلينظرها في شرحه مَن أراد ، ومتى شرطنا التعيين فتركه

وَيَصِحُّ حَالاًّ وَمُؤَجَّلاً فَإِنْ أَطْلَقَ انعَقَدَ حَالاًّ ، وَقِيلَ لاَ يَنْعَقِدُ ، وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالأَجَلِ ،

بطل ، وحيث لم نشرطه فذكره تعين ، فلو عين مكاناً فخرب بكسر الراء وخرج عن صلاحية التسليم تعين أقرب موضع صالح له إليه على الأقيس في الروضة من ثلاثة أوجه وما ذكره في السلم المؤجل . أما الحال فيتعين فيه موضع العقد للتسليم . نعم إن كان غير صالح للتسليم اشترط البيان كما قاله ابن الرفعة ، فإن عينا غيره تعين بخلاف المبيع المعين ؛ لأن السَّلَمَ يقبل التأجيل فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم بخلاف البيع . والمراد بموضع العقد تلك المحلة لا نفس موضع العقد ، والثمن في الذمة كالمسلم فيه ، والثمن المعين كالبيع المعين ، وفي زيادة الروضة قال في التتمة كل عوض ملتزم في الذمة : أي غير مؤجل من نحو أجرة وصداق وعوض خلع له حكم السلم الحال إن عين لتسليمه مكان تعين ، وإلا تعين موضع العقد ؛ لأن كل عوض ملتزم في الذمة يقبل التأجيل كالمسلم فيه فيقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم كما مرّ (ويصح) السلم (حالاً ومؤجلاً) بأن يصرّح بهما . أما المؤجل فبالنص والإجماع ، وأما الحال فبالأولى لبعده عن الغرر . فإن قيل الكتابة لا تصحّ بالحالّ وتصحّ بالمؤجل . أجيب بأن الأجل فيها إنما وجب لعدم قدرة الرقيق ، والحلول ينافي ذلك . فإن قيل : قال رسول الله ﷺ «إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» . أجيب بأن المراد العلم بالأجل ، لا الأجل كما في الكيل والوزن بدليل الجواز بالذرع ، وإنما يصح حالاً إذا كان المسلم فيه موجوداً عند العقد ، وإلا اشترط فيه الأجل كالكتابة ، وليس لنا عقد يشترط فيه الأجل غيرهما . فإن قيل : ما فائدة العدول من البيع إلى السلم الحال ؟ . أجيب بأن فائدته جواز العقد مع غيبة المبيع فإن المبيع قد لا يكون حاضراً مرئياً فلا يصح بيعه ، وإن أخره لإحضاره ربما فات على المشتري ، ولا يتمكن من الانفساخ إذ هو متعلق بالذمة (فإن أطلق) عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجوداً (انعقد حالاً) كالثمن في البيع المطلق والأجرة ، فإن لم يكن المسلم فيه موجوداً لم يصح (وقيل لا ينعقد) ؛ لأن المعتاد في السلم التأجيل فحمل المطلق عليه ، فيكون كما لو ذكر أجلاً مجهولاً ، وعلى الأوّل لو ألحقا به أجلاً في المجلس لحق على الأصح كما يجوز تعيين رأس المال فيه ، ولو صرّحا بالأجل في العقد ثم أسقطاه في المجلس سقط وصار العقد حالاً ، ولو حذفا فيه المفسد لم ينقلب العقد الفاسد صحيحاً (ويشترط) في المؤجل (العلم بالأجل) بأن يكون معلوماً مضبوطاً فلا يجوز بما يختلف كالحصاد وقدوم الحاج والميسرة للحديث المارّ أوّل الباب ، ولا يصح

فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَو الْفُرْسِ أَوِ الرُّومِ جَازَ ،وَإِنْ أَطْلَقَ حُمِلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ ، فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حُسِبَ الْبَاقِي بِالأَهِلَّةِ وتُمِّمَ الأَوَّلُ ثَلَاثِينَ ،

التأقيت بالشتاء والصيف والعطاء إلا أن يريد العاقدان وقتها المعين فيصح (**فإن عين**) العاقدان (**شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز**) ؛ لأنها معلومة مضبوطة ويصح التأقيت بالنيروز وهو نزول الشمس برج الميزان ، وبالمهرجان وهو بكسر الميم وقت نزولها برج الحمل ، وبعيد الكفار كفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ، ولو عدلين منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها إذ لا يعتمد قولهم . نعم إن كانوا عدداً كثيراً يمتنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم . فإن قيل : لِمَ اكتفَى هنا بمعرفة العاقدين الأجل أو معرفة عدلين ولم يكتفِ بذلك في صفات المسلم فيه كما سيأتي ؟. أجيب الجهالة هنا راجعة إلى الأجل وهناك راجعة إلى المعقود عليه ، فجاز أن يحتمل هنا ما لا يحتمل هناك (**وإن أطلق**) الشهر (**حمل على الهلالي**) وهو ما بين الهلالين ؛ لأنه عرف الشرع ، وذلك بأن يقع العقد أوّل الشهر (**فإن انكسر شهر**) بأن وقع العقد في أثنائه ، والتأجيل بأشهر (**حسب الباقي**) بعد الأوّل المنكسر (**بالأهلة وتمم الأوّل ثلاثين**) مما بعدها ؛ لأنه لما تعذر الهلالي في المنكسر رجعنا إلى العدد ولا يكفي المنكسر لئلا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد . نعم لو وقع العقد في اليوم الأخير من الشهر اكتفى بالأشهر بعده بالأهلة تامة كانت أو ناقصة ولا يكمل اليوم مما بعدها إن نقص آخرها كما هو قضية كلام المصنف ؛ لأنها مضت عربية كوامل ، والسنة المطلقة تحمل على الهلالية دون غيرها ؛ لأنها عرف الشرع . قال تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ [البقرة : ١٨٩] فإن عقد في آخر يوم من الشهر وفي معناه ليلته ، فكل السنة هلالية إن نقص الشهر الأخير ، وإن كمل انكسر اليوم الأخير الذي عقدا فيه ، فيكمل منه المنكسر ثلاثين يوماً لتعذر اعتبار الهلال فيه دون البقية ، وإن عقدا بعد لحظة من المحرّم وأجلا بسنة مثلاً فهو منكسر وحده ، فيكمل من السنة الثانية وإن أجلا بسنة شمسية ، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم إلا جزءاً من ثلاثمائة جزء من يوم أوّلها الحمل ، وربما جعل النيروز . أو رومية ، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم . أو فارسية : وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً كل شهر ثلاثون يوماً ، ويزاد في الآخر خمسة صح لأنها معلومة مضبوطة ، ولو قالا إلى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا حلّ بأول جزء منه ، ولو قالا في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا لم يصح على الأصح أو قالا إلى أوّل شهر

والأَصَحّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وجُمَادَى ، ويُحْمَلُ عَلَى الأَوَّلِ .

فصــل

يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُوراً عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ ، فإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنِ اعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ ، وإلاَّ فَلاَ ، ولَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الأَظْهَرِ ،

كذا أو آخره صح وحمل على الجزء الأوّل كما قاله البغوي وغيره **(والأصح صحة تأجيله بالعيد وجمادى)** وربيع ونفر الحج **(ويحمل على الأول)** من ذلك لتحقق الاسم به ، والثاني لا ، بل يفسد لتردده بين الأوّل والثاني ، ولو قال بعد عيد الفطر إلى العيد حمل على الأضحى لأنه الذي يلي العقد قاله ابن الرفعة .

فصــل

(يشترط كون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم) ؛ لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السلم فيه . فإن قيل هذا الشرط من شروط البيع المذكورة قبل فلا حاجة لذكره . أجيب بأنه ذكره ليرتب عليه الفروع الآتية ؛ ولأن المقصود بيان محل القدرة ، وهو حالة وجوب التسليم ، وهي تارة تقترن بالعقد لكون السلم حالاً ، وتارة تتأخر عنه لكونه مؤجلاً كما مرّ بخلاف المبيع المعين ، فإن المعتبر اقتران القدرة فيه بالعقد مطلقاً ، فإذا أسلم في منقطع عند الحلول كالرطب في الشتاء لم يصح ، وكذا لو ظنّ تحصيله بمشقة عظيمة كقدر كثير من الباكورة ، وهي أول الفاكهة **(فإن كان يوجد ببلد آخر صح)** السلم فيه **(إن اعتيد نقله)** غالباً منه **(للبيع)** ونحوه من المعاملات وإن بعدت المسافة للقدرة عليه **(وإلا)** بأن لم يعتد نقله لنحو البيع منه غالباً بأن نقل له نادراً أو لم ينقل منه لغير المعاملة كالهدية **(فلا)** يصح السلم فيه لعدم القدرة عليه . فإن قيل : سيأتي أن المسلم فيه إذا انقطع إن وجد فيما دون مسافة القصر وجب تحصيله وإلا فلا ولم يعتبروا هنا قرب المسافة . أجيب بأنه لا مؤنة لنقله هنا على المسلم إليه ، فحيث اعتيد نقله غالباً للمعاملة من محل إلى محل التسليم صح ، وإن تباعدا بخلافها فيما يأتي فإنها لازمة له ، فاعتبر قرب المسافة لخفة المؤنة عليه ، واعتبار محل التسليم فيما ذكر أولى من اعتبار محلّ العقد كما قاله شيخنا **(ولو أسلم فيما يعم)** وجوده **(فانقطع في محله)** بكسر الحاء : أي وقت حلوله **(لم ينفسخ في الأظهر)** ؛ لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة فأشبه إفلاس المشتري بالثمن والثاني

فَيَتَخَيَّـرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ ، وَالصَّبـرِ حَتَّى يُوجَـدَ ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ المَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلاَ خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الأَصَحِّ ، وَكَـوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَـدْرِ كَيْلاً أَوْ وَزْناً أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعاً ، وَيَصِحُّ المَكِيـلُ وَزْناً وَعَكْسَـهُ ،

ينفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض ، وأجاب الأوّل بما تقدم ، والمراد بانقطاعه أن لا يوجد أصلاً أو يوجد ببلد بعيد وهو مسافة القصر أو ببلد آخر ، ولو نقل لفسد أو لم يوجد إلا عند قوم لا يبيعونه أو يبيعون بأكثر من ثمن مثله بخلاف ما إذا غلا سعره فإنه يحصله ، وهذا هو مراد المصنف في الروضة بقوله : ويجب تحصيله وإن غلا سعره ، لا أن المراد أنه يباع بأكثر من ثمن مثله ؛ لأن الشارع جعل الموجود بأكثر من قيمته كالمعدوم كما في الرقبة وماء الطهارة وأيضاً الغاصب لا يكلف ذلك على الأصح ، وفرّق بعضهم بين الغصب ، وهذا بما لا يجدي ، ويجري الخلاف فيما إذا قصر المسلم إليه في الدفع حتى انقطع أو حل الأجل بموت المسلم إليه قبل وجود المسلم فيه أو تأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين ثم حضر بعد انقطاعه وعلى الأوّل (**فيتخير المسلم بين فسخه والصبر حتى يوجد**) فيطالب به دفعاً للضرر .

تنبيه : قد يفهم من إطلاقه الخيار أنه على الفور ، والأصح أنه على التراخي فإن أجاز ثم بدا له أن يفسخ مكن منه ولو أسقط حقه من الفسخ لم يسقط (**ولو علم قبل المحل**) بكسر الحاء (**انقطاعه عنده فلا خيار قبله في الأصح**) ؛ لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم . والثاني نعم لتحقق العجز في الحال .

تنبيه : قصر المصنف الخلاف على الخيار وهو جار في الانفساخ أيضاً ، فلو قال كالروضة لم يتنجز حكم الانقطاع في الأصح لكان أحسن (**و**) يشترط (**كونه**) أي المسلم فيه (**معلوم القدر كيلاً**) فيما يكال (**أو وزناً**) فيما يوزن للحديث المارّ أوّل الباب (**أو عدًّا**) فيما يعدّ (**أو ذرعاً**) فيما يذرع قياساً على ما قبلهما . فإن قيل لِمَ خصّ في الحديث الكيل والوزن ؟. أجيب بأن ذلك لغلبتهما وللتنبيه على غيرهما (**ويصح المكيل**) أي سلمه (**وزناً وعكسه**) أي الموزون الذي يتأتى كيله كيلاً ، وحمل الإمام إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعدّ الكيل في مثله ضابطاً فيه بخلاف نحو فتات المسك والعنبر ؛ لأن للقدر اليسير منه مالية كثيرة ، والكيل لا يعدّ ضابطاً فيه نقله عنه الرافعي وسكت عليه . ثم ذكر أنه يجوز السلم في اللآلىء الصغار إذا عمّ وجودها كيلاً ووزناً . قال في الرّوضة : هذا

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِـائَةِ صَـاعِ حِنْطَةً عَلَى أَنَّ وزْنَهَـا كَـذَا لَمْ يَصِـحَّ ، ويُشْتَـرَطُ الْـوَزْنُ في الْبِطِّيـخِ والْبَـاذِنْجَـانِ والْقِثَّـاءِ والسَّفَرْجَلِ والرُّمَّان ،ويَصِحُّ في الجَوْزِ واللَّوْزِ بِالْوَزْنِ في نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِـلَافُهُ ،

مخالف لما تقدّم عن الإمام ، فكأنه اختار هنا ما تقدّم من إطلاق الأصحاب ، وأجاب عنه البلقيني بأنه ليس مخالفاً له ؛ لأن فتات المسك والعنبر ونحوهما مما لا يعدّ الكيل فيه ضابطاً لكثرة التفاوت بالثقل على المحل وتراكمه وفي اللؤلؤ لا يحصل بذلك تفاوت كالفول والقمح فيصح فيه بالكيل فلا مخالفة ، فالمعتمد تقييد الإمام ، وبه جزم المصنف في تصحيح التنبيه ، واستثنى الجرجاني وغيره النقدين أيضاً ، فلا يسلم فيهما إلا بالوزن ، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل ما فيه خطر في التفاوت بين الكيل والوزن كما قاله ابن يونس . فإن قيل لِمَ لا يتعين هنا في المكيل الكيل وفي الموزون الوزن كما في باب الربا ؟ . أجيب بأن المقصود هنا معرفة القدر ، وثم المماثلة بعادة عهده ﷺ **(ولو أسلم في مائة صاع حنطة)** مثلاً **(على أن وزنها كذا)** أو في ثوب مثلاً صفته كذا ووزنه كذا وذرعه كذا **(لم يصح)** ؛ لأنه يعز وجوده بخلاف الخشب ؛ لأن زائده ينحت قاله الشيخ أبو حامد وأقرّاه . فإن قيل يعتبر فيه ذكر العرض والطول والثخانة ، وبالنحت تزول إحدى هذه الصفات . أجيب بأن وزنه على التقريب كما سيأتي في اللبن .

تنبيه : لو قال المصنف : مائة صاع كيلاً كان أولى ؛ لأن الصاع آسم للوزن **(ويشترط الوزن في البطيخ)** بكسر الباء **(والباذنجان)** بفتح المعجمة وكسرها **(والقثاء)** بالمثلثة والمدّ **(والسفرجل)** بفتح الجيم **(والرمان)** وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل لتجافيه في المكيال كالرانج وقصب السكر والبقول ، ولا يكفي فيها العدّ لكثرة التفاوت فيها ، والجمع فيها بين الوزن والعدّ مفسد ؛ لأنه يحتاج معه إلى ذكر الجرم فيورث عزة الوجود ، وقول السبكي : ولو أسلم في عدد من البطيخ مثلاً كمائة بالوزن في الجميع دون كل واحد جاز اتفاقاً ممنوع كما قال شيخي لأنه يشترط ذكر حجم كل واحد ، فيؤدي إلى عزّة الوجود . قال الرافعي : ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة والسفرجلة الواحدة ؛ لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها ، وذلك يورث عزة الوجود **(ويصح)** السلم **(في الجوز واللوز بالوزن)** لا بالعدّ **(في نوع يقلّ اختلافه)** بغلظ قشورها ورقتها بخلاف ما لا يقلّ اختلافه بذلك ، فلا يصح السلم فيه لاختلاف الأغراض في ذلك ، وهذا التقييد استدركه

وَكَـذَا كَيْـلاً فِي الأَصَحِّ ، وَيُجْمَـعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ والْـوَزْنِ ، ولَوْ عَيَّنَ مِكْيَـالاً فَسدَ إنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَـاداً ، وإلاَّ فَلاَ فِي الأَصَـحِّ ،

الإمام على إطلاق الأصحاب الجواز ، وسكت عليه الرافعي وجزم به المحـرر والمصنف هنا وفي الروضة . لكنه قال في شـرح الوسيط بعـد ذكره لـه : والمشهور في المـذهب ما أطلق الأصحـاب ونص عليه الشـافعي . قال الإسنـوي : والصواب التمسـك بما قـالـه في شـرح الوسيط ؛ لأنه متسـع لا مختصر اهـ وهـذا هو المعتمـد ، ويؤيده كمـا قال ابن شهبـة إطلاق الشيخين في باب الربا جواز بيع الجوز بالجوز وزنـاً ، واللوز باللوز كيـلاً مع قشـرهما ، ولم يشترطا فيه هذا الشرط مع أن الربا أضيق من السلم **(وكذا)** يصح السلم فيمـا ذكر **(كيـلاً في الأصح)** قياساً على الحبوب والتمر . والثاني : لا ، لتجافيهما في المكيـال ومحل الخـلاف في غير الجوز الهندي . أما هو فيتعين فيه الوزن جزمـاً ولا يصح بـالعدّ ، ولـو عبر المصنف بالأظهر لكان أولى لأن الخلاف قولان لا وجهان . قـال السبكي : ويجوز الكيـل والوزن في البندق والفستق قال : ولا أظن فيهما خلافاً وعبارة الروضة مـوهمة للخـلاف فيهما اهـ وإنمـا يجـوز السلم في هذه الأشيـاء في القشر الأسفـل فقط . نعم لو أسلم في اللوز الأخضـر قبل انعقاد القشرة السفلى جاز ؛ لأنه مأكول كله كالخيار قاله الأذرعي ، وتقـدّم ذلك في البيـع ؛ لأن قولهم في القشر الأسفل يخرجه ؛ لأن هذا لا قشر له أسفل ، ويجوز في المشمش كيـلاً ووزناً وإن اختلف نواه كبراً وصغراً **(ويجمع في اللبن)** بكسر البـاء **(بين العدّ والـوزن)** ندبـاً فيقـول مثلاً عشـر لبنات زنـة كل واحـدة كـذا لأنهـا تضـرب عن اختيـار فـلا يؤدّي إلى عـزة الوجود ، فالواجب فيه العدّ والأمر في وزنه على التقريب ، ويشترط أن يذكر الطول والعرض والثخانة لكل لبنة وأنه من طين معروف ، **(ولو عين مكيالاً فسد)** السلم ولو كان حالاً **(إن لم يكن)** ذلك الكيل **(معتاداً)** ككوز لا يعرف قدر ما يسع ؛ لأن فيـه غرراً ؛ لأنـه قد يتلف قبـل قبض ما في الذمة ، فيؤدي إلى التنازع بخـلاف بيع ملئـه من هذه الصبـرة فإنـه يصح لعـدم الغرر **(وإلا)** بأن كان الكيل معتـاداً بأن عـرف قدر مـا يسع **(فـلا)** يفسد السلم **(في الأصـح)** ويلغو تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها ، ويقوم مثل المعين مقامه ، فلو شرطـا أن لا يبـدل بطل العقـد ، وتعيين الميزان والـذراع والصنجة في معنى تعيين المكيـال ، فلو شـرط الذرع بذراع يده ولم يكن معلوم القدر لم يصح ؛ لأنه قد يموت قبل القبض ، والثاني يفسد لتعرض الكيل ونحوه للتلف ، ولو اختلفت المكـاييل والمـوازين والذرعـان فلا بـدّ من تعيين نوع منها إلا أن يغلب نوع فيحمل الإطلاق عليه كما في أوصاف المسلم فيه .

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ، أَوْعَظِيمَةٍ صحَّ في الأَصَحِّ، ومَعْرِفَةُ الأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافاً ظَاهِراً ، وذِكْرُهَا في الْعَقْدِ

فرع : لو قال أسلمت إليك في ثوب أو في صاع برّ مثل هذا الثوب أو البرّ لم يصح ؛ لأن المشار إليه قد يتلف كما في مسألة الكوز ، وإن قال أسلمت إليك في ثوب مثل ثوب قد وصف قبل ذلك ولم ينسيا وصفه صح ، وفارقت ما قبلها بأن الإشارة إلى المعين لم تعتمد الصفة **(ولو أسلم في ثمر قرية صغيرة)** أو بستان أو ضيعة : أي في قدر معلوم منه **(لم يصحّ)** ؛ لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها فلا يحصل منه شيء ، وذلك غرر لا حاجة إليه ، وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين السلم الحالّ والمؤجل وهو كذلك أو ثمر ناحية **(أو)** قرية **(عظيمة)** أي في قدر معلوم منه **(صح في الأصح)** ؛ لأنه لا ينقطع غالباً ، وهل يتعين أو يكفي الإتيان بمثله ؟ فيه احتمالان للإمام . قال ابن شهبة : والمفهوم من كلامهم الأوّل والثاني : أنه كتعيين المكيال لعدم الفائدة .

تنبيه : لم يتعرّضوا لضابط الصغيرة والكبيرة ، ونقل ابن كج عن الشافعي ما يقتضي أن الكبيرة ما يؤمن فيها الانقطاع والصغيرة بخلافه ، فالعبرة بكثرة الثمار وقلتها ، والثمرة مثال فغيرها مثلها . قال الزركشي : كان ينبغي ذكر هذه المسألة في شرط القدرة على التسليم ، لأنه يوجب عسراً إلا في شرط معرفة المقدار فإنها ليست منه في شيء **(و)** يشترط لصحة السلم **(معرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً)** وينضبط بها المسلم فيه ، وليس الأصل عدمها لتقريبه من المعاينة ؛ ولأن القيمة تختلف بسببها ، وهذا الشرط معطوف على قوله أوّل الفصل ، ويشترط كون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه كما قدرته في كلامه ، وكان ينبغي أن يقدم شرط كونه موصوفاً ينضبط بالصفات ثم العلم بها فإن لم تعرف لم يصح السلم ؛ لأن البيع لا يحتمل جهل المعقود عليه وهو عين ؛ فلأن لا يحتمل وهو دين أولى ، وخرج بالقيد الأوّل ما يتسامح بإهمال ذكره كالكحل والسمن في الرقيق كما سيأتي . وبالثاني ما لا ينضبط كما سيأتي أيضاً ، وبالثالث كون الرقيق قوياً على العمل أو ضعيفاً أو كاتباً أو أمياً أو نحو ذلك ، فإنه وصف يختلف به الغرض اختلافاً ظاهراً مع أنه لا يجب التعرض له ؛ لأن الأصل عدمه **(و)** يشترط **(ذكرها في العقد)** مقترنة به ليتميز المعقود عليه فلا يكفي ذكرها قبله ولا بعده ولو في مجلس العقد . نعم إن توافقا قبل العقد ، وقالا أردنا في حالة العقد ما كنا اتفقنا عليه صح كما قاله الإسنوي وهو نظير مَن له بنات وقال

عَلَى وَجْهٍ لَا يُؤَدِّي إلى عِزَّةِ الْوُجُودِ ، فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبِطُ :مَقْصُودُهُ كالمُخْتَلِطِ المَقْصُودِ الأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ ، والأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي المخْتَلِطِ المُنْضَبِطِ كَعِتَّابِيّ وَخَزٍّ وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ

لآخر : زوجتك بنتي ونويا معينة ، ولا بد أن يكون ذلك (**على وجه لا يؤدي إلى عزة الوجود**) ؛ لأن السلم غرر كما مر فلا يصح إلا فيما يوثق بتسليمه ، والعزة هنا بمعنى القلة ، يقال شيء عزيز : أي قليل (**فلا يصح**) السلم (**فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان**) التي لا تنضبط (**كهريسة ومعجون وغالية وخف**) ونعل (**وترياق مخلوط**) لعدم انضباط أجزائها ؛ لأن الغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور كما في الروضة ، وفي تحرير المصنف مركبة من دهن ومسك وعنبر ، ومثل الغالية النّدّ وهو بفتح النون : مسك وعنبر وعود خلط بغير دهن ، والخف والنعل كلّ منهما على ظهارة وبطانة وحشو ، والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوضاعها . أما الخفاف المتخذة من شيء واحد ومثلها النعال فيصح السلم فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد كالثياب المخيطة والأمتعة ، واحترز بالترياق المختلط عما هو نبات واحد أو حجر فإنه يجوز السلم فيه وهو بتاء مثناة أو دال مهملة أو طاء كذلك مكسورات ومضمومات ، فهذه ست لغات ذكرها المصنف في دقائقه ، ويقال أيضاً : دراق وطراق . ومثل ذلك القسي ، وهو بكسر القاف والسين وتشديد الياء جمع قوس ويجمع أيضاً على أقواس مركبة من خشب وعظم وعصب ، والنبل المريش بفتح الميم وكسر الراء وإسكان الياء بوزن كريم لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة وتعذر ضبطه . أما النبل قبل خرطه وعمل الريش عليه فيصح لتيسر ضبطه ، ولا يصح السلم في الحنطة المختلطة بالشعير ولا في الأدهان المطيبة بطيب من نحو بنفسج وبان وورد بأن خالطها شيء من ذلك . أما إذا روح سمسمها بالطيب المذكور واعتصر ، فإنه لا يضرّ (**والأصح صحته في المختلط المنضبط**) الأجزاء (**كعتابي**) وهو مركب من قطن وحرير (**وخز**) وهو مركب من إبريسم ووبر أو صوف لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأجزاء .

تنبيه : ما المراد بالانضباط؟ قيل أن يعرف العاقدان أن اللحمة من أحدهما والسدي من الآخر ، وقيل معرفة الوزن ، رجح الأوّل السبكي ، والثاني الأذرعي وهو الظاهر ؛ لأن القيم والأغراض تتفاوت بذلك تفاوتاً ظاهراً ، وعليه ينطبق قول الرّافعي في الشرح الصغير لسهولة معرفة اختلاطها وأقدارها (**وجبن وأقط**) كل منهما فيه مع اللبن المقصود الملح

وَشَهْـدٍ ، وَخَلِّ تَمْـرٍ أَوْ زَبِيبٍ ، لاَ الخُبْزِ فِي الأَصَحِّ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ ،

والإنفحة من مصالحه ، وهي بكسر الهمزة وفتح الفاء وتخفيف الحاء المهملة على المشهـور كرش الخروف والجدي ما لم يأكل غير اللبن ، فإن أكل فكرش ، وجمعهـا أنافـح ، ويجوز في باء الجبن السكون والضمّ مـع تخفيف النون وتشـديدهـا والجيم مضمومـة في الجميع ، وأشهر هذه اللغات إسكان الباء وتخفيف النون (وشهد) بفتح الشين وضمها مركب من عسـل النحـل وشمعه خلقـة ، فهو شبيـه بالتمـر وفيه النـوى (وخلّ تمـر أو زبيب) هـو يحصـل من اختلاطهما بالماء الذي هو قوامه ، ومقابل الأصح في السبعة ينفي الانضبـاط فيها قـائلاً بـأن كلًّا من الحرير والملح والشمع والماء وغيره يقلّ ويكثر ، والسمك المملح كالجبن.

تنبيـه : كــلام المصنف قـد يـوهم أن هـذه الأمثلة من أمثلة القسم المتقـدّم ، وهـو المختلط المقصود الأركان، وليس مراداً ، بل من أمثلة النـوع الثالث من المختلطات ، وهـو أن يقصـد أحد الخليـطين والآخر لـلإصلاح كمـا هو في الشـرح والرّوضـة ، وأشار إليـه في المحرّر بقوله وكذا الجبن فقطعهما عما قبلهما ، وحينئذ يتعين أن لا تكون مجـرورة بالكـاف عطفاً على العتابي بل مجرورة بفي عطفاً على المختلط ، وإدخاله الشهد في هذا النوع تبـع فيه المحرر وليس منه بل هو نوع رابع كما ذكراه في الشرح والروضة ، وهو المختلط خلقة، فلو قدّمه أو أخره لكان أولى ، ويصح السلم في اللبن والسمن والزبـد . ويشترط ذكـر جنس حيوانه ونوعه ومأكوله من مرعى أو علف معين بنوعه ويذكر في السمن أنه جديـد أو عتيق ولا يصح في حامض اللبن ؛ لأن حموضته عيب إلا في مخيض لا ماء فيه فيصح فيه ، ولا يضـرّ وصفـه بالحمـوضة ؛ لأنهـا مقصودة فيـه واللبن المطلق يحمـل على الحلو وإن جفّ ويذكـر طراوة الزبد وضدّها ، ويصح السلم في اللبن كيلًا ووزناً ويوزن برغوته ولا يكال بها ؛ لأنهـا لا تؤثر في الميزان ويذكر نوع الجبن وبلده ورطوبته ويبسه الذي لا تغير فيه . أما ما فيه تغير فلا يصح فيه ؛ لأنه معيب ، وعليه يحمل منـع الشافعي السلم في الجبن القـديم ، والسمن يـوزن ويكال وجـامده الـذي يتجافى في المكيـال يوزن كـالزبـد واللبأ المجفف . أمـا غيـر المجفف فكاللبن ، وما نصّ عليـه في الأمّ من أنه يصـح السلم في الزبـد كيلًا ووزنـاً يحمل على زبد لا يتجافى في المكيـال ، ولا يصح في الكشـك وكافـه الأولى مفتوحـة لعدم ضبط حموضته (لا الخبر) أي لا يصحّ السلم فيه (في الأصحّ عند الأكثرين) لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ؛ ولأن ملحـه يقلّ ويكثـر . والثاني : وصححـه الإمام ومَن تبعـه وحكاه المـزني عن النصّ الصحة ؛ لأن ناره مضبوطة ، والملح غير مقصود .

وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ ، وَلَا فِيمَا لَوِ اسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ عَزَّ وُجُودُهُ كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا .

فَرْعٌ : يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ

تنبيه : كان الأولى للمصنف تأخير هذه المسألة إلى الكلام على منع السلم في المطبوخ والمشوي ؛ لأن منع السلم فيه لعدم ضبط تأثير ناره فيه ، لا لأجل الخليط وهو الملح لما مرّ في الجبن والأقط والأشبه كما قال الإسنوي : إن النبيذ كالخبز **(ولا يصحّ)** السلم **(فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزّة)** أي محلّ يعزّ وجوده فيه لانتفاء الوثوق بتسليمه . نعم لو كان السلم حالاً وكان المسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه بموضع يندر فيه صح كما في الاستقصاء **(ولا فيما لو استقصي وصفه)** الواجب ذكره في السلم **(عز وجوده)** لما مرّ **(كاللؤلؤ الكبار واليواقيت)** وغيرهما من الجواهر النفيسة ؛ لأنه لا بدّ فيها من التعرض للحجم والوزن والشكل والصفاء وآجتماع هذه الأمور نادر ، وخرج باللآلىء الكبار ، وهي ما تطلب للزينة الصغار ، وهي ما تطلب للتداوي ، وضبطها الجويني بسدس دينار : أي تقريباً كما قالاه فإنه يصح كما مر ، ولا يصح في العقيق لشدّة اختلافه كما قاله الماوردي ، بخلاف البلور فإنه لا يختلف ، ومعياره الوزن **(وجارية وأختها)** أو خالتها أو عمتها **(أو ولدها)** أو شاة وسخلتها ؛ لأن اجتماعهما بالصفات المشروطة فيهما نادر . فإن قيل سيأتي أنه لو شرط كون الرقيق كاتباً أو الجارية ماشطة فإنه يندر ذلك مع اجتماع الصفات ومع ذلك يصح ؟. أجيب بأن ذلك وصف يسهل تحصيله بالاكتساب ، بخلاف البنوّة والأخوّة ، وهذا الجواب لا يأتي في السلم الحال ؛ لأنه يجب تسليمه في الحال ، فلا يتمكن مع ذلك من التأخير للتعليم .

تنبيه : إطلاق المصنف المنع يقتضي أنه لا فرق في الأمة بين الزنجية وغيرها وهو كذلك وإن قيده الإمام بمَن تكثر صفاتها بخلاف الزنجية وجرى عليه الغزالي .

فرع : **(يصح)** السلم **(في الحيوان)** ؛ لأنه ثبت في الذمة قرضاً في خبر مسلم ، ففيه «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آقْتَرَضَ بَكْراً» فقيس على القرض السلم ، وعلى البكر غيره من سائر الحيوان . وروى أبو داود «أَنَّهُ ﷺ أَمَرَ عَمْرو بْنَ العَاصِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ : أَنْ يَأْخُذَ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ» وهذا سلم لا قرض لما فيه من الفضل والأجل ، وحديث النهي عن السلف في الحيوان . قال ابن السمعاني في الاصطلام : غير ثابت وإن خرّجه

فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيّ وَلَوْنِه كَأَبْيَض ، وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ ، وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ ، وَسِنِّهِ وَقَدِّهِ طولاً وقصراً ، وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمَنِ وَنَحْوِهِمَا في الأَصَحِّ ،

الحاكم (فيشترط) في السلم (في الرّقيق ذكر نوعه كتركي) ورومي وحبشي لاختلاف الغرض بذلك وإن اختلف صنف النوع وجب ذكره كخطابي أو رومي (و) ذكر (لونه) إن اختلف (كأبيض) وأسود (ويصف) سواده بصفاء أو كدورة ، و (بياضه بسمرة أو شقرة) فإن لم يختلف لون الصنف كزنجي لم يجب ذكره (و) ذكر (ذكورته وأنوثته) أي أحدهما فلا يصح في الخنثى (وسنه) كابن عشر سنين أو محتلم كذا قالاه . قال الأذرعي : والظاهر أن المراد به أوّل عام الاحتلام أو وقته وإلا فابن عشرين سنة محتلم ، ويعتمد قول الرّقيق في الاحتلام وفي السنّ إن كان بالغاً وإلا فقول سيده إن علمه وإلا فقول النخاسين : أي الدلالين بظنونهم (وقدّه) أي قامته (طولاً وقصراً) أو ربعة فيذكر أحداً من ذلك لاختلاف الغرض بها (وكله) أي الوصف والسنّ والقدّ (على التقريب) حتى لو شرط كونه ابن عشر مثلاً بلا زيادة ولا نقص لم يصح لندرته .

تنبيه : لم يذكر في المحرّر التقريب إلا بالنسبة إلى السنّ ، وكذا هو في الشرحين والرّوضة . قال ابن النقيب : وما ذكره المصنف حسن إن ساعده عليه نقل . وقال الأذرعي : وما اقتضته عبارته من أن كل ذلك على التقريب لم أره لغيره ، والظاهر أن الأمر كما قال ، وإنما خصوا السنّ بذلك لئلا يظنّ أن المراد حقيقة التحديد فغيره أولى بأن يكون على التقريب ، لكن إنما يظهر ذلك في اللون والقدّ لا في النوع والذكورة والأنوثة فلا يقال فيها على التقريب ففي العبارة قلاقة اهـ ، ولذلك حملت عبارته على المراد ؛ لأن هذا معلوم أنه لا يدخله التقريب ، وكلام المصنف قد يوهم عدم اشتراط الثيوبة أو البكارة والأصح الاشتراط (ولا يشترط ذكر الكحل) بفتح الكاف والحاء ، وهو سواد يعلو جفون العين ، كالكحل من غير اكتحال (و) لا (السمن) في الأمة (ونحوهما) كالدعج ، وهو شدّة سواد العين مع سعتها وتكلثم الوجه ، وهو استدارته وثقل الأرداف ودقة الخصر والملاحة (في الأصح) لتسامح الناس بإهمالها . والثاني : يشترط ؛ لأنها مقصودة لا تؤدّي إلى عزة الوجود ، وتختلف القيمة بسببها وينزل في الملاحة على أقلّ درجاتها ، ومع ظهور هذا وقوّته المعتمد الأوّل ، وسنّ ذكر مفلج الأسنان أو غيره وجعد الشعر أو سبطه وصفة الحاجبين لا

وَفي الإبِلِ وَالخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالأُنُوثَةُ ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ ،

سائر الأوصاف التي تؤدّي إلى عزة الوجود ، كأن يصف كل عضو عضو على حياله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة لأن ذلك يورث العزة ، ولو شرط كون الرّقيق يهودياً أو كاتباً أو مزوّجاً صح ، بخلاف كونه شاعراً ؛ لأن الشعر طبع لا يمكن تعلمه فيعز وجوده بالأوصاف المذكورة ، وبخلاف خفة الرّوح وعذوبة الكلام وحسن الخلق للجهالة ، ولو شرط كونه زانياً أو سارقاً أو قاذفاً صح ، لا كونها مغنية أو عوّادة ونحو ذلك ، وفرّق بأنها صناعة محرّمة وتلك أمور تحدث كالعمى والعور . قال الرّافعي : وهذا فرق لا يقبله ذهنك . وقال الزركشي : الفرق صحيح ، إذ حاصله أن الغناء والضرب بالعود لا يحصل إلا بالتعليم وهو محظور ، وما أدّى إلى محظور محظور ، بخلاف الزنا والسرقة ونحوهما فإنها عيوب تحدث من غير تعلم ، وفرّق بوجه آخر ، وهو أن الغناء ونحوه لا بدّ فيه مع التعلم من الطبع القابل لذلك وهو غير مكتسب فلم يصح ، وهذا أولى ، إذ يعتبر على الأوّل أن يكون الغناء محظوراً بآلة محرمة بخلافه على هذا مع أن التحقيق أن الغناء ليس محرماً مطلقاً ، وإنما المحرم إذا كان بآلة في الهيئة الاجتماعية ، ولو أسلم جارية صغيرة في كبيرة صح كإسلام صغير الإبل في كبيرها ، فإن كبرت بكسر الباء أجزأت عن المسلم فيه وإن وطئها كوطء الثيب وردّها بالعيب (و) يشترط (في الإبل) والبقر والغنم **(والخيل والبغال والحمير : الذكورة والأنوثة والسنّ واللون والنوع)** لاختلاف الغرض والقيمة بذلك ، فيقول في الإبل : بخاتي أو عراب أو من نتاج بني فلان أو بلد بني فلان ، وفي بيان الصنف المختلف أرحبية أو مهرية لاختلاف الغرض بذلك ، وفي الخيل عربيّ أو تركيّ ، أو من خيل بني فلان لطائفة كثيرة . قال الجرجاني : وينسب البغال والحمير إلى بلد ، فيقول : مصري أو رومي ، وكذا الغنم ، فيقول : تركي أو كردي ، ولو اختلف صنف النوع فعلى ما سبق في الرّقيق ، واستثنى الماوردي من اللون الأبلق فلا يصح السلم فيه لعدم انضباطه ، ولا في الحيوان الحامل من أمة أو غيرها ؛ لأنه لا يمكن وصف ما في البطن .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف أنه لا يشترط ذكر القدر وهو كذلك ، فقد نقل الرّافعي اتفاق الأصحاب عليه ، وقول الماوردي ليس للإخلال به وجه ؟. أجيب بأن له وجهاً يعرف مما وجه به عدم اشتراط الدعج ونحوه ، ويندب في غير الإبل ذكر ألوانه المخالفة لمعظم لونه : كالأغرّ والمحجل ، واللطيم بفتح اللام ، وهو من الخيل : ما سالت غرّته في أحد

وَفي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الجُثَّةِ ، وَفي اللَّحْمِ لَحْمُ بَقَرٍ ، أَوْ ضَأْنٍ أَوْ مَعْزٍ ذَكَرٍ خَصِيّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَوْ ضِدِّهَا مِنْ فَخِذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ ،

شقي وجهه قاله الجوهري (و) يشترط (**في الطير : النوع والصغر وكبر الجثة**) أي أحدهما والسنّ إن عرف ويرجع فيه للبائع كما في الرّقيق والذكورة أو الأنوثة إن أمكن التمييز وتعلق به غرض .

فرع : قال الأذرعي : الظاهر أنه لا يجوز السلم في النحل وإن جوّزنا بيعه ؛ لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل ، وأنه يجوز السلم في أوزة وفراخها ودجاجة وفراخها إذا سمي عددها ، وما قاله في هذه كما قال شيخنا مردود إذ هي داخلة في قولهم : حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها (و) يشترط (**في اللحم لحم بقر**) عراب أو جواميس (**أو ضأن أو معز ذكر خصي رضيع معلوف أو ضدّها**) أي ضدّ ما ذكر والرضيع والفطيم من الصغير . أما الكبير فمنه الجذع والثني فيذكر أحدهما ، ولا يكفي في المعلوفة العلف مرّة أو مرّات ، بل لا بدّ أن ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم كما قاله الإمام وأقرّاه ، وظاهر ذلك أنه لا يجب قبول الرّاعية وإن كانت في غاية السمن وهو كذلك وإن قال في المطلب : الظاهر وجوب قبولها . قيل : لأن الراعية بسمنها أطيب من المعلوفة ؛ لأن الراعية تتردّد في المرعى ، والمعلوفة مقيمة فيكون سمنها أغث ، ولا فرق في صحة السلم في اللحم بين جديده وقديده ولو مملحاً وإن كان عليه عين الملح ؛ لأنه من مصلحته ، ويصح السلم في الشحم والكبد والألية والطحال ونحو ذلك ، ويذكر جنس حيوانها ونوعه وصفته إن اختلف به غرض ، وفي السمك والجراد حياً وميتاً حيث عمّ . ويذكر في الحي العدّ وفي الميت الوزن ويبين كون اللحم (**من فخذ**) بإعجام الذال (**أو كتف أو جنب**) أو غيره من سمين أو هزيل لاختلاف الغرض بذلك ، وكل ما قرب من الماء والمرعى كان أطيب ، فلحم الرّقبة أطيب لقربه ولحم الفخذ أدون لبعده (**ويقبل عظمه على العادة**) عند*الإطلاق ؛ لأنه كالنوى من التمر ، فإن شرط نزعه جاز ولم يلزمه قبوله ، ولا يلزمه قبول الرأس والرجل من الطير ولا الذنب الذي لا لحم عليه من السمك ، ومقتضى كلام الرّوضة وأصله أنه يلزمه قبول رأس السمك ، لكن نصّ في البويطي على عدم لزومه ويلزمه قبول جلد يؤكل عادة مع اللحم كجلد الخروف والجدي الصغيرين والطير والسمك قاله الماوردي ، ولا مدخل للخصاء

وَفِي الثِّيَابِ الْجِنْسُ وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ وَالصَّفَاقَةُ وَالرِّقَّةُ والنُّعُومَةُ والخشُونَةُ ، وَمُطْلَقهُ يُحْمَلُ عَلَى الخَامِ ، وَيَجُوزُ فِي المَقْصُورِ ، وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ ، وَالأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي المَصْبُوغِ بَعْدَهُ . قُلْتُ : الأَصَحُّ مَنْعُهُ ، وَبِهِ قَطَعَ الجُمْهُورُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ،

والعلف وضدّهما في لحم الصيد ، ولا بدّ من ذكر ما يصاد به من أحبولة أو سهم أو جارحة وأنها كلب أو فهد ، فإن صيد الكلب أطيب لطيب نكهته (و) يشترط (**في الثياب الجنس**) كقطن أو كتان ، والنوع والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض ، وقد يغني ذكر النوع عنه وعن الجنس (**والطول والعرض والغلظ والدقة**) بالدال المهملة هما بالنسبة إلى الغزل (**والصفاقة والرّقة**) بالرّاء هما بالنسبة إلى النسج ، والأولى آنضمام بعض الخيوط إلى بعض مأخوذة من الصفق ، وهو الضرب والثانية عدم ذلك ، وقد يستعمل الدقيق موضع الرّقيق وبالعكس (**والنعومة والخشونة**) لاختلاف الغرض بذلك ، والمراد ذكر أحد كل متقابلين بعد الأولين معهما .

تنبيه : سكت الشيخان تبعاً للجمهور عن ذكر اللون ، وذكر في البسيط اشتراطه في الثياب . قال الأذرعي : وهو متعين في بعض الثياب كالحرير والقز والوبر ، وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ، ومنه أشقر خلقة وهو عزيز ، وتختلف الأغراض والقيم بذلك اهـ ، وجوابه ما مرّ في الدعج ونحوه (**ومطلقه**) أي الثوب عن القصر وعدمه (**يحمل على الخام**) دون المقصور ؛ لأن القصر صفة زائدة . قال الشيخ أبو حامد : فإن أحضر المقصور كان أولى ، وقضيته أنه يجب قبوله . قال السبكي : إلا أن يختلف الغرض به فلا يجب قبوله وهذا أوجه (**ويجوز في المقصور**) ؛ لأن القصر وصف مقصود مضبوط ، ولا يجوز في الملبوس ؛ لأنه لا ينضبط ويجوز في القميص والسراويل ونحوهما إذا كان ذلك جديداً ولو مغسولاً إن ضبطه طولاً وعرضاً وسعة وضيقاً (و) يجوز فيـ(**ـما صبغ غزله قبل النسج كالبرود**) إذا بين ما صبغ به وكونه في الشتاء أو الصيف واللون وبلد الصبغ كما قاله الماوردي (**والأقيس صحته في المصبوغ بعده**) أي النسج كما في الغزل المصبوغ (**قلت : الأصح منعه**) ؛ لأن الصبغ بعده يسدّ الفرج فلا تظهر معه الصفاقة بخلاف ما قبله (**وبه قطع الجمهور**) وهو المنصوص في البويطي (**والله أعلم**) وفرق في الأمّ بينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بأن الغزل إذا صبغ ثم نسج يكون السلم في الثوب ، وإذا صبغ بعد النسج فكأنه أسلم في الثوب والصبغ معاً والصبغ مجهول .

وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ ، وَصِغَرُ الحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ ،

فروع : يصح السلم في البقول كالكراث والبصل والثوم والفجل والسلق والنعنع والهندبا وزناً فيذكر جنسها ونوعها ولونها وكبرها وصغرها وبلدها ، ولا يصح في السلجم والجزر إلا بعد قطع الورق ؛ لأن ورقهما غير مقصود ، ويصح في الأشعار والأصواف والأوبار ، فيذكر نوع أصله وذكورته أو أنوثته ؛ لأن صوف الإناث أنعم ، واغتنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة وبلده واللون والوقت كخريفي أو ربيعي والطول أو القصر والوزن ، ولا يقبل إلا منقى من بعر ونحوه كشوك ، ويجوز شرط غسله ، ويصح في القطن فيذكر فيه أو في محلوجه أو غزله مع نوعه البلد واللون وكثرة لحمه وقلته ونعومته أو خشونته ، ورقة الغزل أو غلظه ، وكونه جديداً أو عتيقاً إن اختلف به الغرض ، ويأتي ذلك في نحو الصوف كما ذكره ابن كج . ومطلق القطن يحمل على الجاف وعلى ما فيه الحبّ ، ويصح في حبه لا في القطن في جوزه ولو بعد الشقّ لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه بخلاف الجوز واللوز كما مرّ . قال الماوردي : ولا يجوز السلم في الكتان على خشبه ، ويجوز بعد الدقّ : أي وبعد النفض فلا يصح قبل ذلك . أو المراد بالدق النفض فيذكر بلده ولونه وطوله أو قصره ونعومته أو خشونته ودقته أو غلظه وعتقه أو حداثته إن اختلف الغرض بذلك ، ولا في القز وفيه دوده حياً أو ميتاً ؛ لأنه يمنع معرفة وزن القز . أما بعد خروجه منه فيجوز ويصح في أنواع العطر العامّة الوجود كالمسك والعنبر والكافور والعود والزعفران لانضباطها ، فيذكر الوصف من لون ونحوه والوزن والنوع **(و)** يشترط **(في التمر)** أو الزبيب أن يذكر **(لونه)** كأبيض أو أحمر **(ونوعه)** كمعقلي أو برني **(وبلده)** كمصري أو بغدادي **(وصغر الحبات وكبرها)** أي أحدهما ، لأن صغير الحبّ أقوى وأشدّ **(وعتقه)** بكسر العين كما قاله الإسنوي وبضمها كما نقله ابن الملقن عن ضبط المصنف بخطه **(وحداثته)** أي أحدهما لاختلاف الغرض بذلك . ويستحب أن يبين عتق عام أو عامين أو نحو ذلك ، فإن أطلق فالنص الجواز وينزل على مسمى العتق ويبين كما قال الماوردي أن الجفاف على النخل أو بعد الجداد فإن الأوّل أبقى والثاني أصفى ، ويستثنى من جواز السلم في التمر التمر المكنوز في القواصر ، وهو المسمى بالعجوة فإنه لا يصح السلم فيه كما نقله الماوردي عن الأصحاب . لأنه لا يمكن استيفاء صفته المشروطة بعد كنازه . قال الدميري : ولأنه لا يبقى على صفة واحدة غالباً ، ولو أسلم في تمر منزوع النوى ففي صحته وجهان في الحاوي يظهر منهما الصحة ،

وَالحِنْـطَةُ وَسَائِـرُ الحُبُوبِ كـالتَّمْرِ ، وَفِي الْعَسَـلِ جَبَلِيٌّ أَوْ بَلَدِيٌّ صَيْفِيٌّ ، أَوْ خَـرِيفِيٌّ أَبْيَضُ أَوْ أَصْفَرُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالحَدَاثَةُ ، وَلاَ يَصِحُّ فِي المَطْبُوخِ وَالمَشْوِيِّ ،

والرطب كالتمر فيما ذكر ، ومعلوم أنه لا جفاف فيه (**والحنطة وسائر الحبوب كالتمر**) في الشروط المذكورة فيبين نوعها كالشامي والمصري والصعيدي والبحيري ولونه فيقول : أبيض أو أحمر أو أسمر . قال السبكي : وعادة الناس اليوم لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها ، وهي عادة فاسدة مخالفة لنصّ الشافعي والأصحاب ، فينبغي أن ينبه عليها .

فروع : يصح السلم في الأدقة فيذكر فيها ما مرّ في الحب إلا مقداره ، ويذكر فيها أيضاً أنه يطحن برحى الدواب أو الماء أو غيره ، وخشونة الطحن أو نعومته ، ويصح في النخالة كما قاله ابن الصباغ : إن انضبطت بالكيل ولم يكثر تفاوتها فيه بالانكباس وضده ، ويصح في التبن . قال الروياني : وفي جوازه في السويق والنشاء وجهان : المذهب الجواز كالدقيق ، ويجوز السلم في قصب السكر بالوزن : أي في قشره الأسفل ، ويشترط قطع أعلاه الذي لا حلاوة فيه كما قاله الشافعي . وقال المزني : وقطع مجامع عروقه من أسفله ، ولا يصح السلم في العقار ، لأنه إن عين مكانه فالمعين لا يثبت في الذمة وإلا فمجهول (**و**) يشترط (**في العسل**) أي عسل النحل ، وهو المراد عند الإطلاق بأن يذكر زمانه ومكانه ولونه فيقول (**جبليّ أو بلدي**) لاختلاف الغرض بذلك ؛ لأن الجبلي أطيب (**صيفي أو خريفي أبيض أو أصفر**) لتفاوت الغرض بذلك ، ويبين مرعاه ، كما نص عليه في الأمّ . قال الماوردي : فإن النحل يقع على الكمون والصعتر فيكون دواء ، ويقع على أنوار الفاكهة وغيرها فيكون داء . قال الأذرعي : وكأن هذا في موضع يتصوّر فيه رعي هذا بمفرده وهذا بمفرده ، وفيه بعد (**ولا يشترط العتق والحداثة**) وإن شرطه الماوردي ؛ لأن الغرض لا يختلف فيه بذلك ؛ لأن العسل لا يتغير وإن قال بعضهم في عدم تغيره نظر بدليل أن كل شيء يحفظ به (**ولا يصح**) السلم (**في المطبوخ والمشويّ**) أي : الناضج بالنار ؛ لأن تأثير النار فيهما لا ينضبط ، ويصح في كل ما دخلته نار مضبوطة كالصابون والسكر والفانيد واللبأ والدبس كما صححه المصنف في تصحيح التنبيه في كل ما دخلته نار لطيفة ومثل ببعض المذكورات وإن خالف في ذلك ابن المقري في روضه تبعاً للإسنوي ، ويؤيد الأوّل صحة السلم في الآجر المطبوخ ، وعليه يفرّق بين بابي الربا والسلم بضيق باب الربا ، فإن قيل : قول المصنف كغيره : إن نار ما ذكر لطيفة خلاف المشاهد ، وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر . أجيب بأن مراده باللطيفة المضبوطة كما عبرت به ، وصرّح الإمام ببيع الماء المغلي

وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ ،وَالأَظْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤوسِ الحَيَوَانِ ،وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلدٍ وَكُوزٍ وَطَسّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا ، وَيَصِحُّ فِي الأَسْطَالِ المُرَبَّعَةِ

بمثله ، فيصح السلم فيه وفي ماء الورد ؛ لأن ناره لطيفة كما جزم به الماوردي وغيره ، وفي العسل المصفى بالنار ؛ لأن تصفيته بها لا تؤثر ؛ لأن ناره لطيفة للتمييز وإن أفهم قوله **(ولا يضرّ تأثير الشمس)** في العسل وغيره خلافه لعدم اختلافه فيجوز السلم في المصفى بهما ، ويصح في الشمع والقند والخزف والفحم لما مرّ . قال الأذرعي : والظاهر جوازه في المسموط ؛ لأن النار لا تعمل فيه عملاً له تأثير **(والأظهر منعه)** أي السلم **(في رؤوس الحيوان)** لاشتمالها على أبعاض مختلفة من المناخر والمشافر وغيرها ويتعذر ضبطها . والثاني : الجواز بشرط أن تكون منقاة من الشعر والصوف موزونة قياساً على اللحم بعظمه ، وفرق الأوّل بأن عظمها أكثر من لحمها عكس سائر الأعضاء . أما إذا لم تنق من الشعر ونحوه فلا يصح السلم فيها جزماً ، ولا يحتاج المصنف إلى تقييدها بكونها نيئة ؛ لأن ذلك يخرج بقوله : ولا يصح في المطبوخ الخ ولا يصح في الأكارع وإن كانت نيئة منقاة لما فيها من الأبعاض المختلفة ، ويقال فيها : كوارع وأكرع جمع كراع . قال المصنف : وهو من الدّواب ما دون كعوبها ، والجوهري : مستدق الساق ، والشائع إطلاقه عليهما **(ولا يصح)** السلم **(في مختلف)** أجزاؤه **(كبرمة معمولة)** وهي القدر **(وجلد)** على هيئته **(و)** معمول نحو **(كوز وطس)** بفتح الطاء ، ويقال له طشت ، ولم يذكره في المحرّر **(وقمقم ومنارة)** بفتح الميم **(وطنجير)** وهو بكسر الطاء الدست ، ويجوز فتحها كما قاله المصنف وإن قال الجوهري فتحها من لحن الناس **(ونحوها)** كالأباريق ، والحباب بكسر المهملة وبالموحدة جمع حب بضمها ، وهي الخابية والأسطال الضيقة الرأس لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها إما لاختلاف الأجزاء في الدقة والغلظ كالجلد ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها كالأمثلة المذكورة . أما قطع الجلد فيجوز السلم فيها وزناً لانضباطها ؛ لأن جملتها مقصودة ، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً ، ولا يصح في الزّق لما ذكر .

تنبيه : تقييده البرمة بالمعمولة للاحتراز عن المصبوبة في القالب كما سيأتي فيكون ذلك قيداً في كل ما بعده إلا الجلد كما قدرته في كلامه ، فكان ينبغي تقديمه وعطف هذه الأشياء عليه أو عكسه لمغايرته لها . قال الأشموني : والمذهب جواز السلم في الأواني المتخذة من الفخار ، ولعله محمول على غير ما مرّ **(ويصح)** السلم **(في الأسطال المربعة)**

وَفِيمَا صُبَّ مِنْهَا فِي قَالَبٍ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الأَصَحِّ وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الجَيِّدِ ، وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الأَصَحِّ .

لعدم اختلافها ، والمدوّرة كالمربعة كما صرّح به سليم في التقريب . وقال الأذرعي : إنه الصواب واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد ، بل صحح في كل ما لا يختلف من ذلك مضروباً كان أو مصبوباً كما صرّح به الماوردي ولو شرط كون السطل من نحاس ورصاص جميعاً لم يصح نص عليه في الأمّ ، قال : لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما **(وفيما صب منها)** أي المذكورات كما اقتضاه كلام الشرح والروضة : أي من أصلها المذاب **(في قالب)** بفتح اللام أفصح من كسرها كالهاون بفتح الواو مربعاً كان أم لا لأن ذلك لا يختلف .

فروع : يصح السلم في المنافع كتعليم القرآن ؛ لأنها تثبت في الذمة كالأعيان ، ويصح في الذهب والفضة ولو غير مضروبين كغيرهما لا إسلام أحدهما في الآخر ولو حالا وقبضا في المجلس لتضاد أحكام السلم والصرف ؛ لأن السلم يقتضي استحقاق قبض أحد العوضين في المجلس دون الآخر ، والصرف يقتضي استحقاق قبضهما فيه ، ويؤخذ من ذلك أن سائر المطعومات كذلك ، وهذا إذا لم ينويا بالسلم عقد الصرف وإلا صح إذا كان حالاً وتقابضا في المجلس ؛ لأن ما كان صريحاً في بابه ولم يجد نفاذاً في موضوعه يكون كناية في غيره ويصح في الورق ، ويبين فيه العدد والنوع والطول والعرض واللون والدقة أو الغلظ والصفة أو الزمان كصيفي أو شتوي ، ويصح في الحديد والرصاص والنحاس . ويشترط ذكر جنسها ونوعها وذكورة الحديد وأنوثته . قال الماوردي وغيره : والذكر الفولاذ ، والأنثى اللين الذي يتخذ منه الأواني ونحوها **(ولا يشترط)** فيما يسلم فيه **(ذكر الجودة والرداءة في الأصح)** لما ذكره بقوله **(ويحمل مطلقه)** منهما **(على الجيد)** للعرف ، والثاني : يشترط لاختلاف الغرض بهما ، فيفضي تركهما إلى النزاع ، ورد بالحمل المذكور ، وعلى كلا القولين ينزل على أقل الدرجات ، فلو شرط الأجود لم يصح على الأصح ؛ لأن أقصاه غير معلوم ، وإن شرط الرداءة فإن كانت رداءة النوع صح على الأصح لانضباط ذلك ، أو رداءة العيب لم يصح ؛ لأنها لا تنضبط إذ ما من رديء إلا ويوجد رديء آخر خير منه ، وإن شرط الأردأ صحّ على الأصح ، لأن طلب أردأ من المحضر عناد **(ويشترط)** مع ما مرّ من اشتراط كون الأوصاف معروفة في نفسها **(معرفة العاقدين الصفات)** فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح كالبيع **(وكذا غيرهما)** أي معرفة عدلين غير العاقدين **(في الأصح)** ليرجع إليهما

فصـــل

لَا يَصِحُّ أَنْ يَسْتَبْدِلَ عَنِ المُسْلَمِ فِيهِ غَيْرِ جِنْسِهِ ونَوْعِـهِ ، وقِيلَ يَجُـوزُ فِي نَوْعِـهِ ولَا يَجِبُ قَبُـولُهُ ، ويَجُـوزُ أَرْدَأَ مِنَ المَشْرُوطِ ولَا يَجِبُ ، ويَجُـوزُ أَجْوَدَ أَوْ يَجِبُ قَبُـولُهُ فِي الأَصَحِّ

عند تنازع العـاقدين، والثـاني : لا يشترط معـرفة غيـرهما وعلى الأوّل يخـالف ما تقـدّم في الأجل من الاكتفاء بمعرفة العاقدين أو معرفة عدلين في التأجيـل بنحو شهـور الروم ، وتقـدّم الفرق ثمت بينهما .

فـصـــل

في بيان أداء غير المسلم فيه عنه ووقت أداء المسلم فيه ومكانـه (**لا يصح أن يستبـدل عن المسلم فيه غير جنسه**) كالبرّ عن الشعير (**ونوعه**) كالتمر البـرني عن المعقلي ؛ لأن الأوّل اعتياض عن المسلم فيه ، وتقدّم أنه ممتنع مع تعليله ، والثاني يشبه الاعتياض عنه .

تنبيـه : الحيلة في الاعتيـاض أن يفسخـا السلم ثم يعتـاض عن الثمن الـذي في ذمـة المسلم إليـه (**وقيل يجـوز في نوعـه**) ؛ لأن الجنس يجمعهما ، فكـان كما لـو اتحـد النـوع واختلفت الصفة ، ولهذا يحرم التفاضل بينهما ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكـاة (**و**) لكن (**لا يجب قبوله**) لاختلاف الأغراض باختلاف الأنواع (**ويجوز**) إعطاء (**أردأ من المشروط**) ؛ لأنه من جنس حقه (**و**) لكن (**لا يجب**) قبوله ؛ لأنـه دون حقه (**ويجـوز**) إعطاء (**أجـود**) من المشروط صفة (**ويجب قبوله في الأصح**) ؛ لأن الامتناع منه عناد ولإشعـار بذله بأنه لم يجد سبيلاً إلى براءة ذمّته بغيره ، وذلك يهون أمر المنة التي يعلل بهـا الثاني ، والثـاني لا يجب لما فيه من المنة كما لو أسلم إليه في خشبـة خمسة أذرع فجـاء بها ستـة فإنـه لا يجب عليه قبـولها ، وفـرّق الأوّل بأن الجـودة والـرداءة لا يمكن فصلهـا ؛ لأنهـا تـابعـة بخـلاف زيـادة الخشبة . نعم إن كان على المسلم ضـرر في قبولـه كأن أسلم إليـه في عبد أو أمـة ، فجاءه بفرعه أو أصله أو زوجته أو زوجها لم يجب قبوله ، وإن جاءه بأخيه أو عمه فـوجهان : وجـه المنع وهو الظاهر إذ من الحكام مَن يحكم بعتقه عليه ذكره الماوردي .

تنبيـه : تفاوت الرطب والتمر تفاوت نوع لا تفاوت وصف، وكذا ما يسقى بماء السماء وبماء الأرض والعبد الهندي والعبد التركي فلا يجب عليه قبول الآخـر ،ولا يجوز ولا يصـح

وَلَوْ أَحْضَرهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كانَ حَيَوَاناً أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِلاَّ فَإِنْ كانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ أُجْبِرَ ، وكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَراءَةِ فِي الأَظْهَرِ ،

أن يقبض ما أسلم فيه كيلاً بالوزن ولا عكسه ، ولا بكيل أو وزن غير الذي وقع عليه العقد كأن باع صاعاً فاكتاله بالمد ، ولا يزلزل المكيال ، ولا يضع الكف على جوانبه بل يملؤه ويصب على رأسه بقدر ما يحمل ، ويسلم التمر جافاً ولو في أوّل جفافه ؛ لأنه قبل جفافه لا يسمى تمراً ولا يجزىء ما تناهى جفافه حتى لم يبقَ فيه نداوة ؛ لأن ذلك نقص كما ذكره ابن الرفعة والسبكي وغيرهما ، ويسلم الرطب غير مشدخ ، وهو البسر يعالج بالغمر ونحوه حتى يتشدخ : أي يترطب ، وهو المسمى بالمعمول في بلاد مصر ، وتسلم الحنطة ونحوها نقية من التراب والمدر والشعير ونحو ذلك ، وقليل التراب ونحوه يحتمل في الكيل ؛ لأنه لا يظهر فيه لا في الوزن لظهوره فيه ومع احتماله في الكيل إن كان لإخراج التراب ونحوه مؤنة لم يلزمه قبوله كما حكاه في الروضة وأقره **(ولو أحضره)** أي المسلم فيه المؤجل **(قبل محله)** بكسر الحاء : أي وقت حلوله **(فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح بأن كان حيواناً)** يحتاج لمؤنة لها وقع كما قيده في المحرر بذلك ، فلو قصرت المدّة لم يكن له الامتناع **(أو وقت غارة)** والأفصح إغارة كما استعمله المصنف في باب الهدنة أو كان تمراً أو لحماً يريد أكله عند المحل طرياً أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة الكثيرة **(لم يجبر)** على قبوله لتضرّره وإن كان للمؤدّي غرض صحيح في التعجيل .

تنبيه : لو عبر بقوله : كأن ليشمل ما ذكرته لكان أولى من التعبير بأن ؛ لأنه يوهم الحصر فيما ذكره وليس مراداً ، ولكن يكثر في كلام الشيخين الإتيان بأن بدل كأن ، ولكنه خلاف المصطلح عليه وقوله : أو وقت غارة تقديره أو لوقت وقت غارة فلا يصح عطفه على خبر كان **(وإلا)** بأن لم يكن للمسلم غرض صحيح في الامتناع **(فإن كان للمؤدّي غرض صحيح)** في التعجيل **(كفك رهن)** أو براءة ضامن **(أجبر)** المسلم على القبول ؛ لأن امتناعه حينئذ تعنت **(وكذا)** يجبر عليه لخوف انقطاع الجنس عند الحلول أو **(لمجرّد غرض البراءة)** أي براءة ذمة المسلم إليه **(في الأظهر)** وكذا لا لغرض كما اقتضاه كلام الروض ؛ لأن الأجل حق المدين ، وقد أسقطه فامتناعه من قبوله محض تعنت . فإن قيل قد ذكروا في باب المناهي أن المدين إذا أسقط الأجل لا يسقط حتى لا يتمكن المستحق من مطالبته . أجيب

وَلَوْ وجَدَ المُسْلِمُ المُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ المَحِلِّ فيغَيرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ لَمْ يَلْزَمْهُ الأَدَاءُ إِنْ كانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ ، ولاَ يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وإنِ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ لَمْ يُجْبَرْ

بأن الإسقاط هنا وسيلة إلى الطلب المؤدّي للبراءة والدفع محصل لها نفسها فكان أقوى مع أن الأجل لم يسقط في الموضعين ، والثاني : لا يجبر للمنة ، وعلم مما تقرر أنه لو تعارض غرضاهما ، فالمرعيّ جانب المستحق على الأصح كما أفهمه كلام المصنف ، فإنه لم ينظر إلى غرض المؤدي إلا عند عدم غرض المستحق ، ويجبر الدائن على قبول كل دين حال إن كان غرض المدين غير البراءة ، وعليه أو على الإبراء إن كان غرضه البراءة . قال السبكي : هذا إذا أحضره مَن هو عليه ، فإن تبرع به غيره فإن كان عن حيّ لم يجب القبول للمنة ، وإلا فإن كان المتبرّع الوارث وجب القبول لأنه يخلص التركة لنفسه أو غيره ففيه تردّد جواب القاضي اهـ والظاهر عدم الوجوب ، وحيث ثبت الإجبار وأصرّ على الامتناع قبضه الحاكم له .

تنبيه : لو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر على القبول أو الإبراء ، وقد يقال بالتخيير في المؤجل والحال المحضر في غير مكان التسليم أيضاً ، وجرى عليه صاحب الأنوار في الثاني ، والذي يقتضيه كلام الروضة وأصلها وهو الأوجه الإجبار فيهما على القبول فقط ، والفرق أن المسلم في مسألتنا استحق التسليم فيها لوجود زمانه ومكانه ، فامتناعه منه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء بخلاف ذينك (**ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل**) بكسر الحاء (**في غير محل التسليم**) بفتحها وهو مكانه المتعين بالعقد أو الشرط وطالبه بالمسلم فيه (**لم يلزمه**) أي المسلم إليه (**الأداء إن كان لنقله**) من محل التسليم إلى محلّ الظفر (**مؤنة**) ولم يتحملها المسلم عن المسلم إليه لعدم التزامه لها ولتضرّره بذلك ، بخلاف ما لا مؤنة لنقله كدراهم لا مؤنة لنقلها أو تحملها المسلم فإنه يلزمه الأداء إذ لا ضرر عليه حينئذ .

تنبيه : أشار المصنف بنفي الأداء خاصة إلى أن له الدعوى عليه وإلزامه بالسفر معه إلى مكان التسليم أو بالتوكيل ولا يحبس (**ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح**) لامتناع الاعتياض عنه كما مر . لكن له الفسخ واسترداد رأس المال كما لو انقطع المسلم فيه (**وإن**) أحضره المسلم إليه في غير محل التسليم فـ(**امتنع**) المسلم (**من قبوله هناك لم يجبر**) على

إنْ كـانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَـةٌ ، أَوْ كَانَ المَـوْضِعُ مَخُوفاً ، وإلاَّ فَالأَصَحُّ إجْبَارُهُ .

فصـــل

الإقْـرَاضُ مَنْدُوبٌ ،

قبوله (إن كـان لنقله) إلى محل التسليم (مؤنـة ، أو كان المـوضع) المحضـر فيه أو الـطريق (مخوفاً) لتضـرره بذلـك فإن رضي بـأخذه لم تجب لـه مؤنة النقـل بل لـو بذلهـا لم يجز له قبولها ؛ لأنه كالاعتيـاض (وإلا) بأن لم يكن لنقله مؤنـة ولا كان المـوضع أو الـطريق مخوفـاً (فالأصح إجباره) على قبوله لتحصل له براءة الـذمة، والخـلاف مبني على القولين السـابقين في التعجيل قبل الحلول لغرض البراءة وقد مرّ تعليلهما .

فـصـــل

في القرض ، وهو بفتح القاف أشهر من كسرهـا ومعناه القـطع ، ويطلق اسمـاً بمعنى الشيء المقرض ومصدراً بمعنى الإقراض (الإقراض) وهو تمليك الشيء على أن يرد بدلـه . وسمي بذلك ؛ لأن المقرض يقطع للمقتـرض قطعـة من مالـه ، وتسميه أهـل الحجاز سلفـاً (منـدوب) إليه بقـوله تعـالى ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحـج : ٧٧] وقولـه ﷺ «مَنْ نَفَّسَ عَنْ أَخِيهِ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُـرَبِ يَوْمِ القِيَـامَةِ وَاللَّهُ فِي عَـوْنِ العَبْدِ مَـا دَامَ العَبْـدُ فِي عَوْنِ أَخِيـهِ»[١] رواه مسلم ، وفي صحيـح ابن حبـان عن ابن مسعـود «مَنْ أَقْـرَضَ مُسْلِماً دِرْهَماً مَرَّتَيْنِ كَانَ لَهُ أَجْرُ صَدَقَةٍ مَرَّةً»[٢]. فإن قيل يعارض هـذا ما روى ابن مـاجه عن أنس أن النبي ﷺ قال «رَأَيْتُ مَكْتُوبـاً عَلَى بَابِ الجَنَّـةِ لَيْلَةَ أُسْرِيَ بِي الصَّـدَقَةُ بِعَشْـرِ أَمْثَالِهَـا وَالقَـرْضُ بِثَمَانِيَـةَ عَشَرَ ، فَقُلْتُ:يَـا جِبْرِيـلُ مَا بَـالُ القَرْضِ أَفْضَـلُ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟ قَالَ : لأَنَّ السَّائِلَ قَـدْ يَسْأَلُ وَعِنْـدَهُ وَالمُسْتَقْرِضُ لاَ يَسْتَقْـرِضُ إلاَّ مِنْ حَاجَـةٍ»[٣] . أجيب بأن الحـديث الأوّل أصح ؛ لأن هذا تفرد به خـالد بـن زيد الشامي وهو ضعيف عند الأكثرين . وقال ابن عمر : الصدقة إنما يكتب لك أجرها حين تتصدّق بها ، وهذا يكتب لـك أجره مـا كان عنـد صاحبه . نعم قد يجب لعارض كالمضطر ، وقد يحرم كما إذا غلب على ظنه أنه يصرفه في معصيـة ، وقد يكـره كما إذا غلب على ظنـه أنه يصـرفه في مكـروه ، وفي الروضـة في باب

---

(١) أخرجه مسلم ٤/٢٠٧٤ (٢٦٩٩/٣٨) .

(٢) ابن حبان (موارد ١١٥٥) .

(٣) وأبو نُعيم في الحلية ٨/٣٣٣ وانظر الدر المنثور ٥/١٧٨ .

وصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ أَوْ أَسْلَفْتُكَ أَوْ خُذْهُ بِمِثْلِهِ ، أَوْ مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ ، ويُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ ،

الشهادات أنه إنما يجوز الاقتراض لمن علم من نفسه القدرة على الوفاء إلا أن يعلم المقرض أنه عاجز عن الوفاء ولا يحل له أن يظهر الغنى ، ويخفي الفاقة عند القرض كما لا يجوز إخفاء الغنى وإظهار الفاقة عند أخذ الصدقة .

تنبيه : كان ينبغي للمصنف أن يقول مندوب إليه كما قدرته في كلامه ، وصرح به صاحب التنبيه وكذا في المحكم وغيره . لكن المعروف جره باللام تقول : ندبته لكذا فانتدب له ذكره الجوهري . أما المندوب فهو الشخص نفسه . وأركانه : صيغة وعاقد ومعقود عليه كالبيع ، وبدأ بالأوّل منها فقال : **(وصيغته)** أي إيجابه **(أقرضتك أو أسلفتك)** هذا **(أو خذه بمثله أو ملكتكه على أن تردّ بدله)** أو خذه وآصرفه في حوائجك ورد بدله كما في الروضة ، وأسقطه المصنف للاستغناء عن واصرفه في حوائجك ، وتقدّم في البيع أن خذه بكذا أو نحوه كناية فيه فيأتي مثله هنا . ولو اقتصر على ملكتك فهو هبة في الظاهر ، والقول في ذكر البدل فيما لو اختلفا فيه قول الآخذ بيمينه ؛ لأن الأصل عدم ذكره والصيغة ظاهرة فيما آدعاه ، وبهذا فارق ما لو اختلفا في كون العقد بيعاً أو هبة حيث يحلف كلّ على نفي دعوى الآخر **(ويشترط قبوله)** أي الإقراض **(في الأصح)** كسائر المعاوضات ، وشرط القبول الموافقة في المعنى كالبيع ، فلو قال : أقرضتك ألفاً فقبل خمسمائة أو بالعكس لم يصح ، وإن فرّق بعضهم بأن المقرض متبرّع فلا يضرّ قبول بعض المسمى أو الزائد عليه . نعم القرض الحكمي كالإنفاق على اللقيط المحتاج وإطعام الجائع وكسوة العاري لا يفتقر إلى إيجاب وقبول ، والثاني : لا يشترط ، لأن القرض مكرمة وإباحة إتلاف بشرط الضمان ، وظاهر أن الالتماس من المقرض كاقترض مني يقوم مقام الإيجاب ، ومن المقترض كأقرضني يقوم مقام القبول كما في البيع .

تنبيه : ظاهر كلامه أن الإيجاب لا خلاف فيه وليس مراداً ، فقد قال القاضي : والمتولي الإيجاب والقبول ليسا بشرط بل إذا قال أقرضني كذا فأعطاه إياه أو بعث إليه رسولاً فبعث إليه المال صح القرض . قال الأذرعي : والإجماع الفعلي عليه وهو الأقوى والمختار ، ومَن اختار صحة البيع بالمعاطاة كالمصنف قياسه آختيار القرض بها وأولى بالصحة . قال الغزي : وهو سهو ؛ لأن شرط المعاطاة بذل العوض أو التزامه في الذمة وهو

وفي الْمُقْرِضِ أَهْلِيَّة التَّبَرُّعِ ، وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ إِلاَّ الجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الأَظْهَرِ ،

مفقود هنا . ثم شرع في الركن الثاني فقال : (و) يشترط (في المقرض) بكسر الراء زيادة على ما مر في البيع (أهلية التبرّع) فيما يقرضه ؛ لأن القرض فيه شائبة تبرّع ، ولو كان معاوضة محضة لجاز للولي غير القاضي قرض مال موليه لغير ضرورة واللازم باطل . وأما القاضي فيجوز له من غير ضرورة ، وإن صحح السبكي منعه بشرط يسار المقترض وأمانته ، ويأخذ رهناً إن رأى ذلك وله أن يقرض من مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلى أن يجتمع المال كله كما نقل عن النص .

تنبيه : لم يتعرض المصنف كأصله لشرط المستقرض ، ولا يشترط فيه إلا أهلية المعاملة ، ويفهم من كلام المصنف أن الأعمى يصح قرضه واقتراضه إلا أن قبضه لا يكفي ، وأورده على المصنف المحجور عليه بسفه ، فإن تدبيره تبرّع وكذا وصيته وتبرعه بمنفعة بدنه الخفيفة ، ولا يصح إقراضه ، فلو قال التبرع الناجز بالمال أو ما قدّرته لخرج عن ذلك ، وقد يجاب بأن الألف واللام أفادت العموم ، فكأنه قال أهلية جميع التبرّعات . ثم شرع في الركن الثالث ، فقال : (ويجوز إقراض ما يسلم فيه) لصحة ثبوته في الذمة ؛ ولأنه ﷺ اقترض بكراً ، وقيس غيره عليه ، وقضية كلامه صحة إقراض الدراهم والدنانير المغشوشة لصحة السلم فيها بناء على جواز المعاملة بها في الذمة وهو الراجح ولأنها مثلية ، ولا فرق في ذلك بين أن يعرف قدر الغشّ أو لا ، وإن قيده السبكي بما إذا عرف ، ومنعه الروياني مطلقاً ، والمراد ما يسلم في نوعه ، وإلا فالمعين لا يسلم فيه ، والمقرض لا فرق فيه بين أن يكون معيناً أو في الذمة حتى إذا قال : أقرضتك ألفاً وقبل المقترض ثم تفرّقا ثم سلم إليه ألفاً صح إن لم يطل الفصل ؛ لأن الظاهر أنه دفع الألف عن القرض ، وإلا فلا يصح وعلله في الروضة تبعاً للمهذب ، فقال : لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل . أما لو قال : أقرضتك هذه الألف مثلاً وتفرّقا ثم سلمها إليه لم يضرّ وإن طال الفصل (إلا الجارية التي تحلّ للمقترض) فلا يجوز إقراضها له ولو غير مشتهاة (في الأظهر) ؛ لأنه قد يطؤها ويردّها ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين يثبت الردّ والاسترداد فيصير في معنى إعارة الجواري للوطء وهو ممتنع ، وخرج بذلك ما لو جعل رأس المال جارية يحلّ للمسلم إليه وطؤها وكان المسلم فيه جارية أيضاً ؛ فإن له أن يردّها عن المسلم فيه كما تقدّم لأن العقد لازم من

وَمَـا لَا يُسْلَمُ فِيهِ لَا يَجُـوزُ إِقْرَاضُـهُ فِي الأَصَحِّ ،

الجهتين . والثـاني : يجوز قيـاساً على مـا لو وهب ولـده جاريـة يحلّ لـه وطؤها مـع جـواز استرجاع الأب لها بعد وطء الولد . وأجـاب الأوّل بأن عقـد الهبة لازم من جهـة المتملك ، وبأن عقد القرض مدلوله إعطاء شيء والرّجوع فيه أو في بدله فكان كالإعارة بخلاف الهبـة ، واحترز بقوله : تحلّ للمقتـرض عما لا تحـلّ له لمحـرمية أو تمجس أو نحـوه فإنـه يجوز أن يقرضها له ، وقضية كـلامهم جواز إقـراض الملاعنـة للملاعن ، إذ علة المنـع خوف الـوطء والردّ ، وهي منتفية وإن قال الأذرعي : الظاهر المنع لتحريم الخلوة وغيرها ، وأن الأمة التي لا تحلّ له في الحال كأخت الزوجة وعمتهـا وخالتهـا كذلـك . قال الإسنـوي : وفيه نـظر ، والمتجه المنع ، وكلام بعضهم يشعر به اهـ وهو الظاهر ، وفرّق بين المجوسية ونحوهـا وبين هؤلاء بـأنه يقـدر على حلّ أخت زوجتـه وعمتهـا وخـالتهـا بـأن يـطلق زوجتـه بخـلاف حـلّ المجوسية ونحوها ، وقضية الفرق أن المطلقة ثلاثاً يحلّ قرضها مطلقـاً ، وأنه يمتنـع إقراض الخنثى لامتناع السلم فيه وهو ظاهر ، وما قيل من جواز إقراضه ؛ لأن المانع وهو كونه جارية لم يتحقق . قال الزركشي : خطأ ، ويجوز إقراض الأمة للخنثى كما قاله المصنف في شرح مسلم وإن نظر فيه السبكي بأنه قد يصير واضحاً فيطؤهـا ويردّهـا ، وأنه يمتنـع على الملتقط تملك الجارية الملتقطة التي تحلّ له ، وبه صرّح الجرجاني . قال الأذرعي : وقد يفرّق بـأن ظهور المالك ثمّ بعيد اهـ والفرق أظهر . قال في الرّوضة : ولا يجوز إقراض المنافـع ؛ لأنه لا يجوز السلـم فيها ، ويؤخذ من تعليله أن محله في منافع العين المعينة . أما التي في الذمّة فيجوز إقراضها لجواز السَّلم فيها ، ولا يجوز إقراض ماء القناة للجهل به **(وما لا يسلم فيـه)** كالجارية وولدها والجواهر ونحوها **(لا يجوز إقراضه في الأصح)** ؛ لأن ما لا ينضبط أو ينـدر وجوده يتعذر أو يتعسر ردّ مثله . والثاني : يجـوز كالبيـع ، والخلاف مبنيّ على أن الـواجب في المتقوّم المثل أو القيمة كما صرّح به في المحرر ، إن قلنا بالأوّل وهو الأظهـر لم يجز ، وإلا جـاز ، واستثني من ذلك جـواز قرض الخبـز وزناً لإجمـاع أهـل الأمصـار على فعله في الأعصار بلا إنكار وإن صحح البغوي في التهذيب المنع ، وقيل يجوز عدداً أيضـاً ، ورجحه الخـوارزمي في الكافي وصـرّح الماوردي بـأنه لا يجـوز إقراض العقـار كما لا يجـوز السلم فيـه ، وما نقله ابن الـرفعة عن الأصحـاب ، واقتضـاه كـلام الشيخين في الشفعـة من جـواز إقراض جزء من دار محمول كما قاله السبكي على ما إذا لم يزد الجـزء على النصف فإن لـه حينئذ مثلاً فيجوز إقراضه كغيره ، ولا يصح قرض الروبة لاختلافها بالحموضـة ، وهي بضم

وَيُرَدُّ المِثْلُ في المِثْلِيِّ ، وفي المُتَقَوَّمِ المِثْلُ صُورَةً ، وقِيلَ الْقِيمَةُ ولَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الإِقْرَاضِ ولِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الإِقْرَاضِ ، ولاَ يَجُوزُ

الرّاء خميرة من اللبن الحامض تلقى على الحليب ليروب . قال في الرّوضة : وذكر في التتمة وجهين في إقراض الخمير الحامض : أحدهما الجواز ، ورجحه بعض المتأخرين وهو الظاهر لاطراد العادة به خلافاً لما جزم به في الأنوار من المنع . قال السبكي : والعبرة بالوزن كالخبز ولا يشترط في قرض الرّبوي القبض في المجلس وإلا لجاز في غيره شرط الأجل واللازم باطل ، ويشترط العلم بقدر المقرض فلو أقرضه كفاً من دراهم مثلاً لم يصح . نعم إن أقرضه على أن يستبين قدره ويردّ مثله فإنه يصح كما في الأنوار ، ويجوز إقراض الموزون مكيلاً وعكسه إن لم يتجاف المكيال كالسلم **(ويردّ)** في القرض **(المثل في المثلي)** ؛ لأنه أقرب إلى حقه ولو في نقد بطل التعامل به **(و)** يردّ **(في المتقوّم المثل صورة)** «لأَنَّهُ ﷺ آقْتَرَضَ بَكْراً وَرَدَّ رُبَاعِيًّا وَقَالَ : إنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً» رواه مسلم ؛ ولأنه لو وجبت قيمته لافتقر إلى العلم بها ، وينبغي كما قال ابن النقيب : اعتبار ما فيه من المعاني كحرفة الرّقيق وفراهة الدابة ، فإن لم يتأت اعتبر مع الصورة مراعاة القيمة **(وقيل القيمة)** كما لو أتلف متقوّماً ، وعليه فالمعتبر قيمته يوم القبض إن قلنا يملك بالقبض ، وبالأكثر من وقت القبض إلى التصرف إن قلنا : يملك بالتصرف ، والقول في الصفة أو القيمة عند الاختلاف فيهما قول المستقرض بيمينه ؛ لأنه غارم وأداء القرض في الصفة والزمان والمكان كالمسلم فيه ، ومعلوم أنه لا يكون إلا حالاً **(ولو ظفر)** المقرض **(به)** أي المقترض **(في غير محلّ الإقراض وللنقل)** من محله إلى غيره **(مؤنة طالبه بقيمة بلد الإقراض)** ؛ لأنه محلّ التملك يوم المطالبة ؛ لأنه وقت استحقاقها ، وإنما جاز ذلك لجواز الاعتياض عنه بخلاف نظيره في السلم كما مرّ ، فعلم أنه لا يطالبه بمثله إذا لم يتحمل مؤنة حمله لما فيه من الكلفة . وأنه يطالبه بمثل ما لا مؤنة لحمله ، وهو كذلك ، فالمانع من طلب المثل عند الشيخين وكثير مؤنة الحمل ، وعند جماعة : منهم ابن الصباغ كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد الإقراض ، ولا خلاف في الحقيقة كما قال شيخي بين كلام الشيخين وغيرهما ؛ لأن مَن نظر إلى المؤنة ينظر إلى القيمة بطريق الأولى ؛ لأن المدار حصول الضرر ، وهو موجود في الحالين ، وينقطع بأخذ القيمة حق المقرض ؛ لأنها للفيصولة لا للحيلولة ، فلو اجتمعا ببلد الإقراض لم يكن للمقرض ردّها وطلب المثل ولا للمقترض استردادها **(ولا يجوز)** الإقراض

بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَوْ زِيَادَةٍ ، ولَـوْ رَدَّ هٰكَذَا بِـلاَ شَرْطٍ فَحَسَنٌ ، ولَوْ شَرَطَ مُكَسَّراً عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيرَهُ لَغَا الشَّرْطُ ، والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يُفْسِدُ الْعَقْدَ ، ولَـوْ شَرَطَ أَجَـلاً فَهُوَ كَشَـرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيـحٍ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ ، وإنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الأَصَحِّ ،

في النقد وغيره (**بشرط**) جرّ نفع للمقرض كشرط (**ردّ صحيح عن مكسر ، أو**) ردّ (**زيادة**) أو ردّ جيد عن رديء ، ويفسد بذلك العقد على الصحيح لحديث «كُلُّ قَـرْضٍ يَجُرُّ مَنْفَعَـةً فَهُوَ رِبا» وهو وإن كان ضعيفاً ، فقد روى البيهقي معناه عن جمع من الصحابة ، والمعنى فيه أن موضوع العقد الإرفاق ، فإذا شرط فيه لنفسه حقـاً خرج عن مـوضوعـه فمنع صحتـه (**ولو ردّ هكـذا**) أي زائداً في القـدر أو الصفة (**بـلا شرط فحسن**) بـل مستحب للحديث السـابق «إنَّ خِيَارَكُم أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً» ولا يكره للمقرض أخذه ولا أخذ هدية المستقرض بغير شـرط . قال المـاوردي : والتنزه عنـه أولى قبل ردّ البـدل . وأما مـا رواه البخاري وغيـره ممـا يـدل على الحـرمة ، فبعضـه شرط فيـه أجل ، وبعضـه محمول على اشتـراط الهديـة في العقد ، وفي كراهة الإقراض ممن تعوّد ردّ الزيادة وجهان ، أوجههما الكراهة (**ولو شرط**) أن يـردّ (**مكسراً عن صحيح**) أو رديئاً عن جيـد (**أو أن يقرضـه غيره**) أو شيئـاً آخر (**لغـا الشرط**) أي لا يعتبـر (**والأصح أنه لا يفسـد العقد**) ؛ لأنـه وعد بـإحسان لا جـرّ منفعة للمقـرض بل للمقتـرض ، والعقد عقد إرفاق ، فكأنه زاد في الإرفاق . والثـاني : يفسد لمنـافاتـه مقتضى العقد . فـإن قيل : هذا هـو المصحح في نـظيره من الـرهن كما سيـأتي فيحتاج إلى الفـرق . أجيب بقوّة داعي القـرض ؛ لأنه سنـة ، بخـلاف الـرهن ، وأيضـاً وضـع العقـد على جـرّ المنفعـة إلى المستقرض ؟ ، فكيف يفسد القرض باشتراطه (**ولو شرط أجلاً فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض**) لارتفاق المستقرض بـالأجل ، فعلى هـذا يصح العقـد ولا يلزم الأجل على الصحيح ؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف ، لكن يندب الوفاء بالأجل ؛ لأنه وعد كما في تأجيل الدين الحـال . قال ابن الـرِّفعة : وغيـر الأجل ممـا ذكر في معناه . نعم إن أوصى بذلك أو نذره لزم إنفاذ وصيته والوفاء بالنذر ، لكن ليس هـذا بتأجيل ، بل تأخير طلب مع حلول الدين ، ويظهر أثر هـذا في الزكـاة (**وإن كان**) للمقـرض غرض في الأجل (**كزمن نهب**) والمستقرض مليء كمـا قيداه في الشـرح والرّوضـة (**فكشرط صحيح عن مكسر في الأصح**) لما فيه من جرّ المنفعة فيفسد العقد . والثاني : يصـح ويلغو

وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وكَفِيلٍ ، ويَمْلِكُ الْقَرْضَ بِالْقَبْضِ ، وفي قَوْلٍ بِالتَّصَرُّفِ ، ولَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِياً بِحَالِهِ فِي الأَصَحِّ ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرط (وله) أي للمقرض (شرط رهن وكفيل) وإشهاد وإقرار به عند حاكم لأن ذلك توثقة للعقد لا زيادة فيه ، فله إذا لم يوفّ المقترض به الفسخ على قياس ما ذكر في اشتراطها في البيع وإن كان له الرجوع بلا شرط كما سيأتي ؛ لأنه يبقى رجوع بلا سبب (ويملك القرض) أي المقرض (بالقبض) وإن لم يتصرف فيه كالموهوب ، وأولى ؛ لأن للعوض مدخلاً فيه ؛ ولأنه لو لم يملك به لامتنع عليه التصرّف فيه (وفي قول) يملك (بالتصرّف) المزيل للملك بمعنى أنه يتبين به الملك قبله ، وفائدة الخلاف تظهر في المنفعة وفيما لو استقرض مَن يعتق عليه (وله) أي للمقرض (الرجوع في عينه ما دام باقياً) في ملك المقترض (بحاله في الأصح) ؛ لأن له طلب بدله عند فقده ، فالمطالبة بعينه أولى لأنه أقرب منه ، ويلزم المقترض ردّه . والثاني : لا يرجع فيه ، بل للمقترض أن يؤدّي حقه من موضع آخر كسائر الديون ، والخلاف على القول بأنه يملك بالقبض وإلا رجع فيه جزماً ، واحترز بقوله : بحاله عما لو وجده مرهوناً أو مكاتباً أو جنى فتعلق الأرش برقبته فإنه لا رجوع له ، ولو ردّه المقترض بعينه لزم المقرض قبوله قطعاً . نعم إن نقص فله قبوله مع الأرش أو مثله سليماً قاله الماوردي ، ولو زاد رجع في زيادته المتصلة دون المنفصلة ، ويرد على المصنف : ما لو وجده مؤجراً أو مدبراً أو معلقاً عتقه بصفة فإنه يرجع فيه مع صدق أنه ليس بحاله ، فلو عبر بقوله : ما لم يبطل به حق لازم لكان أولى ولا أرش له فيما إذا وجده مؤجراً بل يأخذه مسلوب المنفعة ، ولو زال ملكه ثم عاد فوجهان ، وقياس نظائره الرّجوع . وبه جزم العمراني وإن أفهم كلام المصنف خلافه (والله أعلم) .

فائدة : روى ابن ماجه أن النبي ﷺ قال : «مَنِ ٱسْتَقْرَضَ فِي حَاجَةٍ غَيْرِ مَكْرُوهَةٍ فَاللَّهُ مَعَهُ» . وكان راويه عبد الله بن جعفر يقول كل ليلة لوكيله : اقترض لي شيئاً لأبيت والله معي .

خاتمة : لو قال لغيره خذ من مالي الذي لي في جهة زيد ألفاً قرضاً فأخذها منه ، فإن كان ما في جهة زيد ديناً عليه لم يصح قرضها لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره ، وإنما ذلك توكيل بقبض الدين فلا بدَّ من قرض جديد أو عيناً كوديعة صح قرضاً . قال الماوردي : ولو قال لغيره : اقترض لي مائة ولك عليّ عشرة فهو جعالة ، فلو أن المأمور

. . . .
أقرضه من ماله لم يستحق العشرة ، ولو قال لغيره : آدفع مائة قرضاً عليّ إلى وكيلي فلان فدفع ثم مات الآمر فليس للدّافع مطالبة الآخذ ؛ لأنه لم يأخذه لنفسه ، وإنما هو وكيل عن الآمر وقد انتهت وكالته بموته ، وليس للآخذ الردّ عليه ، فإن ردّ ضمنه للورثة ، وحق الدافع يتعلق بتركة الميت عموماً لا بما دفع خصوصاً ؛ لأن الحق قد انتقل للغير . قال القرطبي : لا يمتنع القرض للإعراض لقصة أبي ضمضم ، وهي ما رواه ابن عدي في الكامل والبزار والبيهقي وأبو داود في المراسيل «لَمَّا أَمَرَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالصَّدَقَةِ وَحَثَّ عَلَيْهَا قَالَ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَتَصَدَّقُ بِعرضِي عَلَى مَنْ نَالَهُ مِنْ خَلْقِكَ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُنَادِياً فَنَادَى : أَيْنَ الْمُتَصَدِّقُ بِعرضِهِ ، فَقَامَ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : إِنَّ اللَّهَ قَبِلَ صَدَقَتَكَ» . وفي الحديث «أَقْرِضْ مِنْ عرضِكَ لِيَوْمِ عَرْضِكَ» .

كِتَابُ ٱلرَّهْنِ[1]

هو لغة : الثبوت والدوام ، ومنه الحالة الرّاهنة : أي : الثابتة . وقال الماوردي : هو

---

(١) إن الله سبحانه وتعالى شرع الأحكام كفيلة بسعادة الناس في الدارين ، ونظم العلاقات تنظيماً بديعاً متقناً كيلا يكون هناك مجال للشقاق بين الأفراد والجماعات ، فتبقى الروابط وثيقة بين الجميع ، لهذا وضع نظام المبادلات ولم يدع الناس لأهوائهم التي لا تقف عند حد ، وأبان طرق التعامل الصحيح الذي تترتب عليه آثاره ، ففي البيع مثلاً تستقر الملكية ، ويسوغ التصرف ، ويباح الانتفاع ، وفي الإجارة يستحق المكتري المنفعة ، وفي الرهن يصير المرتهن أحق بالمرهون ، ويصبح آمناً على ماله من الذهاب فلا يخشى إفلاس مدينه أو جحوده أو مطله ، وإذا نظرنا نظرة ثاقبة في أموال الناس رأينا الذمم سريعة التغير فكم من أمين أصبح خائناً ، ومن مستقيم صار معوجاً ، ومن هادىء وادع قد ساءت أخلاقه ، ومن عاقل قد غره تيار المدينة وغلبت عليه المظاهر الكاذبة ، ولهذا نرى فلاناً الغني بالأمس معدماً قد أثقلته الديون ، وعجز عن قضائها فانتزعت أملاكه ، وبيعت في المزاد العلني ، بل إن بعض الناس قد يحتال فيستولي على بضائع من التجار أو على مال من بعض الناس مدعياً أنه من ذوي الثراء ، متظاهراً بمظهر كاذب خادع ثم يتبين أنه محتال لا يملك نقيراً ولا قطميراً ، والحوادث ماثلة أمام أعيننا ينشر كل يوم في الصحف منها ما يعد بالعشرات ، وهذا مما يقلل الثقة ، ويحمل على قبض الأيدي عن البذل لمَن يدعي الحاجة ويلح في الحصول على شيء من النقود أو العروض أو غير ذلك ، ومن هنا نستطيع أن ندرك حكمة الشارع الحكيم في شرعه الرهن وما يماثله من طرق التوثق كالكتابة والشهادة والضمان ، ومن تأمل يرى أن المنفعة فيه مزدوجة ، وليست قاصرة على المرتهن بل يشاركه الراهن فيها أيضاً ؛ إذ قد تدعوه الحاجة إلى مد يده إلى الغير مقترضاً كأن تنفد مؤونة أهله ، وليس عنده مال يشتري به طعاماً ، ويمسك الناس عن معاملته فلا يقرضونه أو يبيعونه إلى أجل أو يمرض قريبه فيحتاج إلى عرضه على الطبيب أو شراء الدواء له ، فلا يجد إلا الرهن أو نحوه مخلصاً له من حيرته وميسراً لحاجته لا سيما هذا الزمن الذي تغلبت فيه المادة ، وسيطرت على النفوس ، وقلّت فيه المروءة ، وذهبت النجدة ، وساءت الظنون ، وغاض الوفاء فلا يعتمد فيه على أقارب ولا أصدقاء ، وحلت الخصومات محل الإخاء ، ونسي الناس أو تناسوا أن الأمة الإسلامية أسرة واحدة بل جسم واحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى ، وأنهم كالبنيان يشد بعضه بعضاً ، فلولا الرهن وما شابهه من الوثائق لمات الفقير جوعاً ولم يرَ مَن يمد إليه يد المعونة ، ولظل المريض يعاني آلام المرض فلا يجد مَن يضمد جرحه ، وينتشله من آلامه ، ولقبض الميت فما وجد أهله ما يكفنونه به .

فنعمت الأحكام ، ونعم المشرع ، ولا غرو فإنها نعمة عظيمة تيسر الوصول إلى المال أو القوت من طرق مشروعة ، فلولاها لاضطر أصحاب الفاقة إلى الربا تحت تأثير الشدة التي يعانونها أو إلى الانتحار تخلصاً من حياة مليئة بالألم والشقاء ، أو إلى السرقة أو الغصب إلى غير ذلك مما يجر على العالم ويلات ، ويوقعه في كوارث ، وينخر في عظام الأمة الإسلامية ، فسبحانه من إله حكيم عالم بأصل الداء واصف له =

الاحتباس، ومنه ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]. وشرعاً: جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه[1]. والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وخبر الصحيحين أَنَّهُ ﷺ رَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ يَهُودِيٍّ، يُقَالُ لَهُ أَبُو الشَّحْمِ عَلَى ثَلَاثِينَ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ لِأَهْلِهِ، ثُمَّ قِيلَ إِنَّه افْتَكَه قَبْلَ مَوْتِهِ لِخَبَرِ «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدِينِهِ» أي محبوسة في القبر غير منبسطة مع الأرواح في عالم البرزخ، وفي الآخرة معوقة

= أنجع دواء، على أن الراهن قد يرهن كرائم أمواله، ونفائسها التي تعز عليه، وتأبى نفسه بيعها، فينتهز أقرب الفرص لإنقاذها، ويقلل من الكماليات كيلا يتحكم فيه المرتهن ويزهو عليه ويفقده أعز ما يعده متعة لنفسه، فيباع في الأسواق بثمن بخس. هذا إذا كان ناضج العقل، سليم التفكير لا يلهو بحاضره عن غده، ولست مبالغاً إذا قلت: إن الراهن، هو صاحب المنفعة الأصلية؛ لأنه ينتفع بالمال حتى يحل وقت الأداء وقد يكون حين الحصاد أو جني القطن أو نضج الثمار، فيتبدل العسر يسراً، والشدة رخاءً، فيستعيد ماله المرهون بعد الوفاء، فأي غبن دفع عليه؟ وأي حيف لحقه؟ ألم يكن في الرهن محافظة على ماله من الفناء بأبخس الأثمان لا سيما إذا عرف المشتري أنه في حالة اضطرار؟ فقد يشتري منه المنزل الذي يساوي ألفاً بخمسمائة مثلاً على أكثر تقدير إذا تعين البيع وحده لسد رمقه وانتشال أسرته مما هي فيه من بؤس، أما المرتهن فإن أفاد الطمأنينة على ماله فقط، وبهذا يكون قد تحقق معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، لأن الحالة الحاضرة التي تدعو إلى الأسف، وتمزق الأحشاء، وتذيب القلوب، فتبيح للمرتهن الانتفاع بالمرهون بالإذن الجبري في صورة الاختياري، أو فرض ربح رسمي على المائة ليست من الدين في قليل أو كثير، وهي مندرجة تحت آيات.

الرهن لغة: الثبوت والدوام، يقال: ماءٌ راهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، وقيل: هو من الحبس. قال الله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] وقال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رهينة﴾ [المدثر: ٣٨] وجمعه رِهَانٌ، كَحَبْلٍ وحِبال، وَرَهْنٌ كَسَقْفٍ وسُقُف، عن أبي عمرو بن العلاء. قال الأخفش: وهي قبيحة، وقيل: رُهُنٌ جمع رِهان، ككِتابٍ وكُتُب، ويقال: رَهَنْت الشيء وأرهنته بمعنى، قال المصنف رحمه الله: وهو في الشرع: المال الذي يجعل وثيقةً بالدَّيْنِ، ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.

انظر: لسان العرب: ١٧٥٧/٣ ـ ١٧٥٨، المصباح المنير: ٣٣٠/١، الصحاح: ٢١٢٨/٥، المغرب: ٣٥٦/١.

واصطلاحاً:

عرّفه الحنفية بأنه: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون.

وعرّفه المالكية بأنه: مال قبضه توثقاً به من دين.

وعرّفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم.

انظر: تكملة فتح القدير: ١٨٩/٨، مجمع الأنهر: ٥٨٤/٢، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير: ١٠٩/٢، حاشية الدسوقي: ٢٣١/٣، أسهل المدارك: ٢٦٦/٢، الإقناع من فقه الحنابلة: ١٥٠/٢، المغني لابن قدامة: ٣٦١/٤.

(١) أخرجه البخاري ٣٥٤/٤ في البيوع (٢٠٦٨)، (٢٩١٦) ومسلم ١٢٢٦/٣ في المساقاة (١٦٠٣/١٢٦) أخرجه النسائي ٢٨٨/٧ في البيوع.
أخرجه ابن ماجه ٨١٥/٢ في الرهون (٢٤٣٦).

لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ أَوْ مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ صَحَّ الْعَقْدُ ، وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ بَطَلَ الرَّهْنُ ، وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ

عن دخول الجنة حتى يقضى عنه ، وهو ﷺ منزه عن ذلك ، والأصح أنه لم يفتكه لقول ابن عباس «تُوُفِّيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ»[1] والخبر محمول على غير الأنبياء تنزيهاً لهم ، أو على مَن لم يخلف وفاء : أي وقصر . أما مَن لم يقصر بأن مات وهو معسر وفي عزمه الوفاء فلا تحبس نفسه . فإن قيل : هلا اقترض رسول الله ﷺ من المسلمين . أجيب بأنه ﷺ فعل ذلك بياناً لجواز معاملة أهل الكتاب ، وقيل : لأنه لم يكن عند أحد من مياسير أهل المدينة من المسلمين طعام فاضل عن حاجته . والوثائق بالحقوق ثلاثة : شهادة ، ورهن ، وضمان . فالأولى لخوف الجحد ، والأخيرتان لخوف الإفلاس . وأركان الرّهن أربعة : صيغة ، وعاقد ، ومرهون ، ومرهون به . وقد بدأ المصنف رحمه الله تعالى بالأوّل فقال **(لا يصحّ إلا بإيجاب وقبول)** أو ما يقوم مقامهما على الشرط المعتبر في البيع ؛ لأنه عقد ماليّ فافتقر إليهما كالبيع ، والقول في المعاطاة والاستيجاب مع الإيجاب ، والاستقبال مع القبول هنا كالبيع ، وقد مرّ بيانه ، وصورة المعاطاة هنا كما ذكره المتولي أن يقول له : أقرضني عشرة لأعطيك ثوبي هذا رهناً فيعطي العشرة ويقبضه الثوب **(فإن شرط فيه)** أي الرّهن **(مقتضاه كتقدّم المرتهن به)** أي المرهون عند تزاحم الغرماء ليستوفي منه دينه **(أو)** شرط فيه **(مصلحة للعقد كالإشهاد)** به **(أو ما لا غرض فيه)** كان لا يأكل الرّقيق المرهون كذا **(صحّ العقد)** في الأقسام الثلاثة كالبيع ولغا الشرط الأخير **(وإن شرط ما يضرّ المرتهن)** وإن لم ينتفع به الرّاهن كشرط أن لا يبيعه إلا بعد شهر أو بأكثر من ثمن المثل أو لا يبيعه عند المحل أو يكون مضموناً أو لا يقدم به **(بطل الرّهن)** أي عقده لإخلال الشرط بالغرض منه **(وإن نفع)** الشرط[2] **(المرتهن ، وضرّ الرّاهن كشرط)** زوائد

(١) البخاري ٩٩/٦ (٢٩١٦ ، ٤٤٦٧) .

(٢) اتفق الفقهاء على أن كل تصرف من جانب الراهن يضر المرتهن ممنوع ، واختلفوا في المنافع التي لا يضر استيفاؤها بالمرتهن هل له أن يستوفيها من غير إذنه أو لا ؟

فمذهب الشافعية والحنابلة في رواية مرجوحة وابن أبي ليلى وابن المنذر أن الراهن يملك التصرف في منافع المرهون على وجه لا ضرر فيه كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، وركوب الدابة ، ويستوفى ذلك بالإجارة والإعارة مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين .

واختلف الشافعية فيما بينهم هل له أن يستوفيها بنفسه أو لا ؟

فذهب بعض أصحابه إلى أنه لا يجوز ، وذهب بعض آخر إلى الجواز ، وهو الصحيح . ويرى فريق -

مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ بَطَلَ الشَّرْطُ ،

المرهون ، أو (منفعة للمرتهن بطل الشرط) لحديث «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى

= ثالث التفصيل : إن كان الراهن ثقة جاز ، وإلا فلا .

ومنشأ الخلاف أنه ورد عن الإمام الشافعي قولان : أحدهما قال : له ذلك ، والثاني قال : لا يجوز .

ورأى الحنفية والحنابلة في رواية راجحة والشعبي والثوري أنه ليس للراهن الانتفاع بالمرهون بالسكنى أو الركوب أو الزراعة أو غير ذلك ، ولا يملك التصرف فيه بإجارة أو إعارة أو غيرهما .

واختار المالكية أن المنافع للراهن إلا أن طريق استيفائها لا يكون إلا بمباشرة المرتهن إجارته أو إعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين نائباً عن الراهن بإذنه .

وجنح ابن حزم إلى أن منافع المرهون كلها للراهن إلا إذا كان مركوباً أو محلوباً ، وامتنع الراهن من الإنفاق عليه ، وتولى المرتهن ذلك ، فيكون له حينئذ ركوب الدابة ولبن الحيوان لا يحاسب به من دينه كثر ذلك أم قل .

ورجح أبو ثور والأوزاعي والليث ما قاله ابن حزم إلا أنهم زادوا الاستخدام ، وشرطوا أن يكون كل ما ذكر بقدر النفقة .

هذه خمسة أقوال في موضوعنا إذا أنعمنا النظر فيها وجدناها تؤول إلى قولين ؛ لأن أربعة منها متفقة على أن المنافع كلها للراهن ، والشق الأخير من القولين الأخيرين محله الفصل الآتي في انتفاع المرتهن ، والخلاف بين المالكية وبين أصحاب الرأي الأول في طريق الاستيفاء فقط ، وسأعرج على بيان وجهة الفريقين في آخر هذا الفصل إن شاء الله تعالى .

فتبين أن الخلاف الجدير بالعناية هو هل للراهن الانتفاع بالمرهون من غير إذن المرتهن أو لا ؟ إلى الأول ذهب الجمهور ، وإلى الثاني ذهب الحنفية ومَن معهم احتج الجمهور بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه «الرهن مركوب ومحلوب» أخرجه الحاكم ، وصححه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً قال الحاكم : لم يخرجاه ، لأن سفيان وغيره وقفوه على الأعمش ، وقد ذكر الدارقطني الاختلاف فيه على الأعمش وغيره ، ورجح الموقوف ، وبه جزم الترمذي ، وقال ابن أبي حاتم : قال أبي : يرفعه يعني أبا معاوية مرة ثم ترك الرفع بعد ، ورجح البيهقي أيضاً الوقف إلا أن ابن حجر في التلخيص زاد : «ورجح الدارقطني ثم البيهقي رواية الشافعي عن سفيان عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة» كل ما تقدم في الرواية السابقة .

وهذا الحديث له ألفاظ منها ما سلف ، ومنها ما روي في البخاري حدثنا محمد بن مقاتل أخبرنا عبد الله بن المبارك أخبرنا زكريا عن الشعبي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة .

وجه الدلالة : أنه لا يجوز إلا أن يكون الركوب والحلب لمالكه الراهن ؛ لأنه إنما يملك الركوب والحلب من ملك الرقبة ، والرقبة غير المنفعة التي هي الركوب والحلب ، فإذا رهن الرجل داراً أو دابة أو غير ذلك فسكنى الدار وركوب الدابة للراهن ، وكذلك منافع المرهون ليس للمرتهن منها شيء .

ووجه أيضاً : يشبه أن يكون المراد من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن من درها وظهرها فهي محلوبة ومركوبة له كما كانت قبل الرهن .

اعترض هذا الدليل بأمور :

أولها : أن فاعل الركوب والحلب والشرب لم يتعين إذ مركوب ومحلوب اسما مفعول ، ويركب ويشرب مبنيان للمجهول ، فيكون الحديث مجملاً ، ويدفع الإجمال بظهور أن المراد الراهن بسبب إنفاقه =

وَكَـذَا : الرَّهْنُ فِي الأَظْهَرِ ،

فَهُوَ بَاطِلٌ» (وكذا) يبطل (الرّهن في الأظهر) لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشـرط الذي

= على المرهون الذي هو أثر من آثار الملك ولازم له .

وأما ما قيل : إن المراد المرتهن بقرينة أن انتفاع الراهن بالعين المرهونة لأجل كونه مالكاً ، والمراد هنا الانتفاع في مقابلة النفقة ، وذلك يختص بالمرتهن فمبني على أن الباء بدلية ، وهو خلاف الظاهر إذ كونهـا سببية أظهر .

وثانيها : أنه ورد في بعض رواياته : «إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو رباً» .

وهذا صريح في أن الراكب والشارب المرتهن وفي رواية هشيم عن زكريا «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها» .

أجاب ابن حزم بأن إسماعيل بن سالم الصائغ تفرد عن هشيم بالزيادة ، وأنها من تخليطه ، وتعقب بأن أحمد رواها في مسنده عن هشيم ، وكذلك أخرجه الدارقطني من طريق زياد بن أيوب عن هشيم .

وأجيب من قبل الجمهور بأن هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين :

أحدهما : التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه .

وثانيهما : تضمينه ذلك بـالنفقة لا بـالقيمة فيكـون مردوداً ، قـال ابن عبد البـر : هذا الحـديث عند الجمهـور ترده أصـول مجمع عليهـا ، وآثار لا يختلف في صحتهـا ، ويدل على نسخـه حـديث ابن عمـر رضي الله عنه عند البخاري بلفظ : «لا تحلب ماشية امرىء بغير إذنه» .

ولا يخفى أنه جواب غير مقبول إذ دعوى مخالفته للأصول غير صحيحة بل السنّة الصحيحة من جملة الأدلة ، فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع ، وأيضاً حديث ابن عمر عام ، وحديث السبـاب خاص ، فينبني العام على الخاص ، والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضي بتأخر الناسخ على وجـه يتعذر معـه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان .

وجمع الأوزاعي والليث وأبو ثور بأن هذا محمول على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للمرتهن الإنفاق على الحيوان حفظاً لحياته لا إبقاء للمالية فيه ، وجعل له في مقابلة نفقته الانتفاع بالركوب أو بشرب اللبن بشرط ألاّ يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه ، وهي من جملة مسائل الظفر وهو جمع وجيه ، ولا يرد أن هذا لا يتأتى إلا على رأي مَن يشرط دوام الحبس في يد المرتهن إذ قد يكون الراهن غير محتاج إلى الدابة المرهونة لوجود أخرى عنده تكفي لقضاء مصلحـة ، فيتركهـا عند المـرتهن مختاراً ، وتشح نفسه بنفقتها .

ثالثها : أنه يجوز حمل الحديث على أنه مركـوب ومحلوب للراهن بإذن المـرتهن ، وللمرتهن بـإذن الراهن ، ولا شك أنه خلاف الظاهر إذ الحديث مطلق في الركوب والحلب ، وليس فيه تعليق على الإذن ، فالمتبادر أن المنتفع الراهن .

رابعها : الصحيح أن هذا الحديث موقوف على أبي هريرة ، ولم يثبت مرفوعاً .

ويمكن أن يقال : إن وقفه غير قادح إذ هذا الحكم مما لا مجال للرأي فيه ، فيترجح أنه عن النبي ﷺ على أن البخاري رفعه ، وحسبنا رفعه .

ومنع انتفاء ضـرر المرتهن لتمكن الـراهن حينئذ من الجحـود بفوات الحبس الـدائم الذي هـو حكم الرهن .

خامسها : أن الشعبي روى الحديث ، وأفتى بخلافه ، ولا يجوز عنده إلا وهو منسوخ ، وأرى أن عمل =

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ ،

يضرّ المرتهن . والثاني : لا يبطل بل يلغو الشرط ويصح العقد ؛ لأنه تبرّع ، فلم يؤثر فيه ذلك : كالقرض ، وتقدّم الفرق بينهما ، ولو شرط ما يضرّ الرّاهن أو المرتهن في بيع بطل البيع أيضاً لفساد الشرط ، ومحلّ البطلان : إذا أطلق المنفعة ، فلو قدّرها وكان الرّهن مشروطاً في بيع كقوله وتكون منفعته لي سنة فهو جمع بين بيع وإجارة في صفقة وهو جائز **(ولو شرط أن تحدث زوائده)** أي المرهون كصوفه وثمرته وولده **(مرهونة فالأظهر فساد الشرط)** ؛ لأنها معدومة ومجهولة . والثاني لا ؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لم يتعدّ للزوائد

= الشعبي ليس دليلاً على النسخ لجواز نسيانه فالعمل بالحديث حتى يثبت الناسخ على أن أبا هريرة ثبت عنه أنه قال : «صاحب الرهن يركبُه ، وصاحب الدر يحلبه ، وعليهما النفقة» وقال : «الرهن مركوب ومحلوب بعلفه» فلو كان هناك ناسخ لكان أعرف به من الشعبي لسعة اطلاعه في السنّة ، فاتضح أن هذا الدليل سالم للجمهور .

وبما رواه الشافعي : أخبرنا ابن أبي فديك عن أبي ذئب عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال : «لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهن له غنمه وعليه غرمه» ، وقال الشافعي في رواية أخرى : أخبرنا الثقة عن يحيى بن أبي أنيسة عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه لا يخالفه .

وجه الدلالة : أن الغنم السلامة والزيادة فيكون المعنى لا يغلق الرهن : لا يستحقه المرتهن بأن يدع الراهن قضاء حقه عند محله ، ولا يستحق مرتهنه خدمته ولا منفعة فيه بارتهانه إياه ، ومنفعة لراهنه ؛ لأن النبي ﷺ قال : «هو من صاحبه» قال الخطابي : والعرب تضع من موضع اللام كقولهم : أمن أم أوفى دمنة لم تكلم أي لصاحبه على أن الرواية الأخرى رويت باللام «لصاحبه» ولا شك أن المنافع من الغنم .

نوقش هذا الدليل بأنه قد اختلف في وصله وإرساله ، ورفعه ، ووقفه وذلك مما يوجب عدم انتهاضه لمعارضته ما في صحيح البخاري وغيره الآتي :

وسأذكر للقارىء ما قاله العلماء في هذا الحديث :

أخرجه الحاكم وابن حبان في صحيحه ، وأخرجه أيضاً ابن ماجه من طريق أخرى ، وصحّح أبو داود ، والبزار ، والدارقطني ، وابن القطان إرساله عن سعيد بن المسيب بدون ذكر أبي هريرة قال في التلخيص : وله طرق أخرى في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة ، وقال في بلوغ المرام : إن رجاله ثقات إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله وساقه ابن حزم قال : حدثناه أحمد بن قاسم نا أبي قاسم بن محمد بن قاسم نا جدي قاسم بن أصبغ حدثني محمد بن إبراهيم حدثني يحيى بن أبي طالب الأنطاكي وجماعة من أهل الثقة نا نصر بن عاصم الأنطاكي نا شبابة عن ورقاء نا ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي أسامة بن عبد الرحمٰن بن عوف عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يغلق الرهن الرهن لمَن رهن له غنمه وعليه غرمه» فهذا مسند من أحسن ما روي في هذا الباب وتعقبه الحافظ بأن قوله : نصر بن عاصم تصحيف ، وإنما هو عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ، وله أحاديث منكرة ، وقد رواه الدارقطني من طريق عبد الله بن نصر المذكور ، وصحح هذا الطريق عبد الحق ، وصحح أيضاً وصله ابن عبد البر ، وقال : هذه اللفظة يعني «له غنمه وعليه غرمه» اختلف الرواة في رفعها ووقفها ؛ فرفعها ابن أبي ذئب ومعمر وغيرهما ، ووقفها غيرهم ، وقد روى ابن وهب هذا الحديث فجوده ، وبين أن هذه اللفظة من

وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ الْعَقْدُ ،

لضعفه . فإذا قوي بالشرط سرى ، واحترز بالزوائد عن الأكساب فإن اشتراطها باطل على القولين . قال الماوردي : ولو شرط أن تكون المنافع مرهونة بطل قطعاً (و) الأظهر (أنه متى فسد) الشرط المذكور (فسد العقد) يعني أنه يفسد بفساد الشرط ، وهذان القولان هما

= قول سعيد بن المسيب ، وقال أبو داود في المراسيل : قوله : «له غنمه وعليه غرمه» من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزهري .

بعد هذا نستطيع الإجابة بأن الوصل زيادة من الثقة ، فتكون مقبولة ، وعلى أنه مرسل فهو مرسل سعيد بن المسيب الذي اتفق الفقهاء على قبول مراسيله ، وما نقل عن ابن شهاب من أن «له غنمه وعليه غرمه» من قول سعيد لا يضرنا إذ معمر أثبت الناس في ابن شهاب ، وقد ذكره عنه مرفوعاً ، ورواه الشافعي والدارقطني مرفوعاً ، وقال : هذا إسناد حسن متصل .

ومن هنا يبدو أنه صالح للاحتجاج به ، فيدل على ما ذهب إليه الجمهور ، ولا معارضة بينه وبين حديث البخاري الآتي إذ يجمع بينهما بما تقدم ، وبأن الانتفاع لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له فبقي على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة .

والاحتياط بالإشهاد يحول بينه وبين الإنكار ، وإذا علم أن القائلين للراهن الانتفاع يمنعون إبقاءه عنده إلا في الزمن الذي يستوفي فيه منفعته فقط للضرورة ، ويلزمونه برده إلى المرتهن في وقت الراحة إذ الضرورة تقدر بقدرها ، فمثلاً لو كان ينتفع به نهاراً أعيد إليه ليلاً أو ليلاً أعيد إليه نهاراً كما أنه إذا أمكن الحصول على كسبه وهو تحت يد المرتهن منع من وضع يده عليه ، يرى أنهم يراعون مصلحة الطرفين ، والحبس الدائم الذي هو عبارة عن استمرار القبض ليس حكماً للرهن كما سلف فسلم للجمهور هذا الدليل أيضاً .

وبأن عقد الرهن مشروع وبالإجماع المرتهن لا يتمكن من الانتفاع به ، فلو قلنا يمتنع على الراهن الانتفاع به لعطلت العين عن الانتفاع بها بسبب هذا العقد ، وذلك مشبه تسييب أهل الجاهلية فيكون خلاف المشروع .

ومنع أن يكون في هذا تسييب إذ هو يشبهه إذا لم يكن غرض صحيح ، فأما إذا كان فيه غرض صحيح وهو إضجار الراهن فلا يؤدي إلى ذلك المعنى . والمنصف يرى أن إضجار الراهن لا يصلح أن يكون غرضاً صحيحاً إذ فيه ضرر عليه ، والنبي ﷺ ينهى عن الضرر والضرار «لا ضرر ولا ضرار» ، وليس هذا بمتعين للحصول على الدين ، ولماذا نؤلمه قبل أن يحيل الموعد المضروب له ، وقد يكون بعيداً ، ولم نعهد الشريعة إلا داعية إلى الصالح العام وناهية عن كل شر ؟

فالتوفيق بين المصلحتين أولى .

وبأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين ليستوفي من ثمنه عند تعذره من الراهن ، وهذا لا ينافي الانتفاع به ، ولا إعارته ، ولا إجارته فجاز اجتماعهما .

ورد عليه أن يفوت دوام القبض ، وجوابه معلوم .

وبأن تعطيل منفعته إضاعة للمال ، وقد نهى النبي ﷺ عن صناعته وبأن الرهن كالبيع ، فإن المشتري يمنع من الانتفاع به إذا كان الثمن حالاً حتى يؤديه ولا يمتنع إذا كان مؤجلاً فالراهن كذلك .

ورد أن هذا الدليل عليكم لا لكم ، وسيقرر في أدلتهم الآتية ، وسنجيب عنه :

يتضح أن هذه الأدلة سلمت ونهضت على دعوى الجمهور .

احتج الحنفية بقوله تعالى : ﴿فرهان مقبوضة﴾ . =

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ

القولان في فساد الرهن بفساد شرط المنافع للمرتهن ، وقد مرّ توجيههما ، فلو قال كشرط منفعته للمرتهن ، أو أن تحدث زوائده مرهونة الخ كان أخصر وأوضح . ثم شرع في الركن الثاني وهو العاقد فقال (وشرط العاقد) من راهن ومرتهن (كونه مطلق التصرّف) أي بأن

= وجه الدلالة أن يقتضي أن يكون مقبوضاً ما دام مرهوناً ، وهو مرهون من حين يقبض المرتهن إلى أن يؤدي الراهن الدين ، فينبغي أن يبقى مقبوضاً له انتفاع الراهن يعدم هذا الوصف فيمنع منه .

وقد بينت فيما سلف ضعف اشتراط استمرار القبض للزوم الرهن وبأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء على معنى اختصاص المرتهن بالمرهون حبساً إلى أن يقضي الدين ، والراهن لا يتمكن من الانتفاع به ما لم يحوله من يد المرتهن إلى يده ، وفيه تفويت موجب العقد . ألا ترى أن الدين إذا كان حالاً كان الراهن ممنوعاً من الانتفاع به لكونه مرهوناً عند المرتهن ؟ فكذلك إذا كان مؤجلاً ، ومنع أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما سلف في شرط دوام القبض ، وإنما مقتضاه تعلق الحق بالمرهون على وجه تحصل به الوثيقة ، وذلك غير مناف للانتفاع به ، ولو سلمنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عن المرتهن في إمساكه ومستوفياً منفعته لنفسه .

وبأن الرهن كالبيع فمتى ثبت للبائع حق حبس المبيع كان المشتري ممنوعاً من الانتفاع به ، فكذلك الراهن يمنع من الانتفاع بالمرهون ؛ لأن حق الحبس ثابت للمرتهن إلا أن حق الحبس في البيع إنما يثبت إذا كان الثمن مالاً فهنا أيضاً متى تبينت حق الحبس بعقد الرهن ينبغي أن يمنع الراهن عن الانتفاع وحق الحبس ثابت ، سواء أكان الدين حالاً أم مؤجلاً حتى أنه في غير أوان الانتفاع وفيما لا ينتفع به مع بقاء عين المرتهن أحق بإمساكه .

وبهذا يتبين أن انتفاع الراهن تصرف مبطل لحق المرتهن فيمنع منه .

وهذا هو الإبراء الأخير على دليل الجمهور ،

وهو مبني على اشتراط استمرار القبض ، وهو مرجوح ،

وبأن الانتفاع ممنوع كالوطء لما فيه من توهم العلوق به ، وبما أن الحكم قد بني على الموهوم فيبنى منع انتفاع الراهن بالرهون على توهم هلاك الدابة بالركوب كذلك .

وهو قياس مع الفارق إذ في وطئها مانع ؛ لأن الوطء مظنة العلوق فتصبح أم ولد ، فتبطل الوثيقة ، وليس كل انتفاع مبطلاً للتوثق بل في الغالب لا إبطال فلا يفيد هذا القياس منع الراهن من الانتفاع مطلقاً ، وليس الحكم مبنياً على التوهم كما قالوا بل على المظنة على أن هذه الأدلة كلها منقوضة بالعارية والغصب والسرقة والاجابة بأن القبض في هذه الأشياء غير مستحق ، وأن للمرتهن استرداده في أي وقت شاء فيكون هناك فارق بينها وبين الإجارة والسكنى الخ ـ متكلفة ، وقد علم أن الجمهور يرون أن الضرورة تقدر بقدرها ، ويلزم رده إلى المرتهن في وقت الفراغ فلا فارق .

والآن يجدر بي أن أجهر بأن الحق مع الجمهور .

بقي علي أن أذكر وجهة كل من المجيزين للراهن أن يتولى إجارة المرهون وإعارته بنفسه ، ومن المالكية الذين يرون أن يتولى المرتهن الإجارة والإعارة نيابة عن الراهن بإذنه .

علم أن الراجح عدم اشتراط دوام القبض ، فإذا أعيد المرهون للراهن كي يستوفي منفعته بنفسه أو إجارته لغيره أو إعارته بقي رهناً .

والمالكية شرطوا الاستدامة فإعادته للراهن أو إشرافه على إجارته وإعارته يجعلان له شيئاً من =

فَلَا يَرْهَنُ الْـوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ ،

يكون من أهل التبرّع مختاراً كما في البيع ونحوه **(فلا يرهن الوليّ)** أباً كان أو غيره **(مال الصبي والمجنون ولا يرتهن لهما)** . أما الراهن ؛ فلأنه يمنع من التصرّف في المرهون ، فهو حبس لمالهما بغير عوض . وأما الارتهان فلأن الوليّ في حال الاختيار لا يبيع إلا بحالّ مقبوض قبل التسليم فلا ارتهان ، والسفيه كالصبي والمجنون فيما ذكر ، فلو قال : ولا يرهن الوليّ مال محجوره لشمله ، أو يقول الوليّ ويطلق **(إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة)** فيجوز له الرهن والارتهان فيهما دون غيرهما مثالهما للضرورة أن يرهن على ما يقترض لحاجة المؤنة ليوفي مما ينتظر من غلة أو حلول دين ، أو نفاق متاع كاسد ، وأن يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة نهب أو نحوه ، ومثالهما للغبطة أن يرهن ما يساوي مائة على ثمن ما اشتراه بمائة نسيئة وهو يساوي مائتين ، وأن يرتهن على ثمن ما يبيعه نسيئة لغبطة كما سيأتي في باب الحجر ، وإنما يجوز بيع ماله مؤجلاً لغبطة من أمين غنيّ وبإشهاد وأجل قصير في العرف ، ويشترط كون المرهون وافياً بالثمن ، فإن فقد شرط من ذلك بطل البيع ، وإن باع ماله نسيئة أو أقرضه لنهب ارتهن جوازاً إن كان قاضياً وإلا فوجوباً ، فإن خاف تلف المرهون فالأولى أن لا يرتهن ؛ لأنه قد يتلف ويرفعه إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف المرهون .

تنبيه : قد علم مما تقرّر أنه لو عبر بما قدّرته لكان أولى من التعبير بمطلق التصرّف الذي فرّع عليه قوله فلا يرهن الوليّ ؛ لأنهم صرّحوا بأنه مطلق التصرّف في مال محجوره ، غير أنه لا يتبرّع به ، وحيث جاز الرهن والارتهان جاز للأب والجدّ أن يعاملا بأنفسهما

= السيطرة ، ويخرجانه من الرهن عندهم ، فلهذا قالوا : يتولى المرتهن إجارته وإعارته بالنيابة عن الراهن بإذنه ، وحينئذ يكون المستأجر أو المستعير نائباً عن المؤجر أو المعير ، فيبقى رهناً على حاله ، ويأمن جحود الراهن ومطله .

وقد بينت أن دوام القبض مرجوح فلا مانع عندي من أن يتولى الراهن الإجارة والإعارة ، ويستوفي المنفعة بنفسه .

أما اختلاف الشافعية على ثلاثة أقوال في الاستيفاء بنفسه فبيانه كالآتي :

أحدها : يجوز دليله أن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون .

ثانيها : لا يجوز دليله أنه لا يؤمن أن يجحد الراهن المرهون فيبطل حق المرتهن .

يرد عليه أنه منقوص بما إذا أكراه من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز ، وهو وارد على المالكية أيضاً .

ثالثها : إن كان ثقة جاز ، وإلا فلا : دليله أنه إذا كان ثقة أمن جانبه ، واطمأن المرتهن من جهته ، وإذا كان غير ثقة توجس خيفة من قبله .

والإشهاد يحول بينه وبين الجحود ، فالقول الأول هو الحق .

وَشَرْطُ الرَّهْنِ كَوْنُـهُ عَيْناً فِي الأَصَحِّ ،وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَـاعِ وَالأُمِّ دُونَ وَلَدِهَـا وَعَكْسِهِ ،

ويتوليا الطرفين وليس لغيرهما ذلك ، ورهن المكاتب وارتهانه كالوليّ فيما ذكـر وكـذا العبد المأذون له في التجارة إن أعطاه سيده مالاً ، وإلا فإن اتجر بجاهه بأن قال لـه سيده : اتجـر بجاهك ولم يعطه مالاً فكمطلق التصرّف ما لم يربح ، فإن ربح بأن حصل في يده مـال كان كمـا لو أعـطاه مالاً . قـال الزركشي : وحيث منعنـا المكاتب ، فيستثنى رهنـه وارتهانـه مـع السيد ، وما لو رهن على ما يؤدّي به النجم الأخير لإفضـائه إلى العتق . ثم شـرع في الركن الثـالث ، وهو المـرهون فقـال (**وشرط الـرهن**) أي المرهـون (**كونـه عيناً**) يصـح بيعهـا (**في الأصح**) فلا يصـح رهن دين ولو ممن هـو عليه ؛ لأنـه غير مقـدور على تسليمه . والثـاني : يصح رهنه تنزيلاً له منزلة العين ، ولا يصح رهن منفعـة جزمـاً كأن يـرهن سكنى داره مدّة ؛ لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق ، ومحل المنع في الابتداء فلا ينافي كون المرهون ديناً أو منفعة بلا إنشاء ، كما لو مات عن المنفعة وعليه دين أو أتلف المرهـون فبدلـه في ذمة الجاني رهن على الأرجح في زوائد الروضة ، ولا رهن عين لا يصح بيعهـا كوقف ومكـاتب وأم ولد (**ويصح رهن المشاع**) كرهن كله من الشريك وغيره ، ولا يحتاج إلى إذن الشريك ، ويقبض بتسليم كله كما في البيع فيكون بالتخلية في غير المنقول وبالنقـل في المنقول ، ولا يشترط إذن الشريك في القبض إلا فيما ينقل ؛ لأنه لا يحصل قبضه إلا بالنقل كمـا مرّ ، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك ، فإن أبى الإذن فإن رضي المرتهن بكونه في يد الشـريك جـاز وناب عنه في القبض ، وإن تنازعا نصب الحـاكم عدلاً يكـون في يده لهمـا ويؤجره إن كـان مما يؤجر ، وتجري المهايـأة بين المرتهن والشـريك كجـريانهـا بين الشريكين[1] (**و**) يصـح رهن (**الأم**) قال الشارح : من الإماء (**دون ولدها**) غير المميز (**وعكسه**) أي رهنه دونها ؛ لأن

(١) ذهب مالك والشافعي وأحمد وابن أبي ليلى والبتي والأوزاعي وسوار والعنبري وأبو ثور والظاهرية إلى جواز رهن المشاع .

ويـرى الإمام أبـو حنيفة وأصحـابه أنـه لا يجوز رهنـه أمكنت قسمته أم لا ، سـواء في هذا الشـريك والأجنبي .

وفصل الحسن بن صالح فقال : إن كان مما لا يقسم جاز ، ولا يجوز فيما يقسم .

احتج الجمهور بأن المشاع عين يجوز بيعها ، وكل ما يجوز بيعه يجـوز رهنه إذ المقصـود من الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إن تعذر الوفاء من ذمـة الراهن ، وهـذا يتحقق في المشاع .

أيد الحنفية رأيهم بـأن موجب عقـد الرهن ثبـوت يد الاستيفـاء (ملك السيد) على معنى اختصـاص المرتهن بالمرهون على جهة الحبس ، وثبوت السيد بالحبس إنما يكون على ما تناولـه العقد ، ومـا تناولـه مشاع ، وهو لا يتصور فيه ملك السيد إذ هي لا تثبت إلا على معين ، فإذا انتفى التعين بـالشيوع انتفت يـد =

= الاستيفاء ، وإذا انتفى ملك السيد الذي هو موجب العقد كان العقد غير معتبر شرعاً ؛ لأن العقود إنما شرعت لتترتب عليها أحكامها ، وإذا تبين أن الشيوع مانع من تحقق مقتضى العقد كان رهنه باطلاً .

ودفع ثبوت يد الاستيفاء الذي عدده موجب عقد الرهن مدللين عليه بأن الاستيفاء الحقيقي يفيد ملك العين وملك السيد ، وبما أن عقد الرهن وثيقة استيفاء فيفيد ملك السيد بالمنع إذ لا تلازم بينهما .

وبأن الرهن لا بد فيه من دوام الحبس تحت يد المرتهن إلى الاستيفاء أو الإبراء ، والشيوع ينافيه ، ولهم على الشطر الأول دليلان :

أحدهما : أنه لم يشرع إلا مقبوضاً ﴿فرهان مقبوضة﴾ .

ثانيهما : أن المقصود من الرهن التوثق لاستيفاء الدين بمنع الراهن من الانتفاع به كي يسارع إلى قضائه فيأمن المرتهن على ماله من الضياع ، وكلا الوجهين كونه لم يشرع إلا مقبوضاً ، وكون المقصود من التوثق يقتضي دوام الحبس إما بالنظر : المشروعية فقياس الدوام على الابتداء الذي سلف في استدامة القبض ، وإما بالنظر إلى المقصود منه وهو التوثق ، فهو أن الرهن إنما شرع وثيقة للمرتهن يستوفي منهادينه عند مطل الراهن أو إفلاسه ، فيأمن على ماله من الذهاب على معنى أن يكون الرهن موصلاً إلى ذلك ، وهو لا يحصل هذا المقصود إلا باستحقاق المرتهن حبس المرهون ومنعه عن الخروج من حوزته إلا بإذنه ما دام الدين باقياً ؛ إذ لو لم يكن له هذا الحق وكان للراهن أن يسترده للانتفاع به لفات هذا المقصود وهو التوثق للاستيفاء والصيانة ، فإذا لم ينقطع انتفاعه عنه لم يكن هناك تألم أو ضجر يحمله على المسارعة إلى قضاء الدين على أنه يخشى أن يجحد الرهن والدين متى عاد إلى يده بمقتضى ما له من حق الاسترداد ، وقد علم أن العقود إنما شرعت ليترتب عليها ما هو المقصود منها ، وإذا فات المقصود بالاسترداد وجب ألا يكون له هذا الحق ، وذا لا يكون إلا بدوام حبسه في يد المرتهن ، فوجب المصير إليه .

وعلى الشطر الثاني أن دوام الحبس على جهة اللزوم إلى الأداء أو الإبراء متوقف على استحقاق المرتهن ذلك ، ولا استحقاق لدوام الحبس في المشاع إذ لا بد فيه من المهايأة ، وبدهي أن المهايأة تنافي استحقاق الحبس الدائم ، ألا ترى أن قول الراهن : رهنتك نصف داري هذه بمنزلة قوله : رهنتك هذه الدار يوماً ويوماً لا ، فيكون دوام الحبس غير مستحق ، وإذا ظهر أن الشيوع ينافي استحقاق الحبس على الدوام وجب أن يكون المرهون مقسوماً منفصلاً غير مشاع ، وما يحتمل القسمة وغيره في هذا سواء ، ولا ترد الهبة إذ تصح مع الشيوع إذا كان الموهوب لا يحتمل القسمة لانتفاء الضرر الناشىء من تحمل مؤونة القسمة ، لأن حكمها ثبوت الملك والشيوع غير مانع منه كما في البيع ، ولا فرق بين الرهن من الأجنبي ومن الشريك ، وهو واضح في الأجنبي لما تقدم ، وأما بالنسبة للشريك فلأن المشاع لا يقبل الرهن على الوجهين ، أما على الأول وهو ثبوت ملك السيد ؛ فلأنه لا يثبت إلا على معين ، وأما على الثاني فلأن الشريك إنما ينتفع يوماً بحكم الملك ، ويحبسه آخر بحكم الرهن ، فكأن الراهن رهن يوماً ويوماً لا ، ولا شك أن هذا يفوت دوام الحبس .

وتعقب هذا بأنه شرع مقبوضاً في الابتداء ، وقياس الدوام عليه مع الفارق ، وبأن الحبس الحكمي كاف في صيانة حق المرتهن كالإعارة ، والغصب ، والسرقة .

ويمكن أن يوجه الرأي المفصل بقياس رهن المشاع الذي لا يقسم على هبة ما لا يحتمل القسمة ، وما نوقش به الحنفية يناقش به المذهب المفصل ؛ لأنه يعتمد أدلتهم فيما يقسم وما لا يقسم يقيسه على الهبة ، والذي يعنينا إبطال الشق الأول فقط ، وأما الثاني فهو مع الجمهور ، فوجهتهم صالحة للتدليل عليه ، وقد تبين أنها سالمة ، فدلت على مدعاهم .

وأزيد هذا الموضوع بياناً فأسرد ما دار في مناظرة بين الإمام الشافعي وبين أحد المانعين لرهن المشاع وادعائه أنه لا يجوز إلا مقبوضاً مقسوماً لا يخالطه غيره محتجاً بقوله تعالى : ﴿فرهان مقبوضة﴾ فقال الإمام : لمَ لم يجز إلا مقبوضاً مقسوماً وقد يكون مقبوضاً وهو متاع غير مقسوم ؟ فسأله المانع متعجباً : كيف يكون =

وَعِنْدَ الحَاجَةِ يُبَاعَانِ ، وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ ، وَالأَصَحُّ أَنْ تُقَوَّمَ الأُمُّ وَحْدَهَا

الملك فيهما باق فلا تفريق ، وهو في الأم عيب يفسخ به البيع المشروط فيه الرهن إن جهل المرتهن كونها ذات ولد . فإن قيل : ما فائدة قول الشارح من الإماء مع أن المتن أعمّ من ذلك ؟ . أجيب بأنه حمل كلامه على كلام الأصحاب إذ كلامهم في الأمة ، وأيضاً جميع الأحكام الآتية إنما تأتي فيها **(وعند الحاجة)** إلى توفية الدين من ثمر المرهون **(يباعان)** معاً حذراً من التفريق بينهما المنهي عنه **(ويوزع الثمن)** عليهما كما قال **(والأصح أن تقوّم الأم وحدها)** إذا كانت هي المرهونة فتقوّم موصوفة بكونها ذات ولد حاضنة له . فإذا قيل : قيمتها مائة

= مقبوضاً وأنت لا تدري أي الناحيتين هو ؟ وكيف يكون مقبوضاً في العبد وهو لا يتبعض ؟ فقال الإمام : كأن القبض إذا كان اسماً واحداً لا يقع عندك إلا بمعنى واحد ، وقد يقع على معان مختلفة ، فقال مناظره : بل هو بمعنى واحد . فقال الإمام : أوَ ما تقبض الدراهم والدنانير وما صفر باليد ، وتقبض الدور بدفع المفاتيح ، والأرض بالتسليم ؟ فأجاب مناظره : بلى ، فقال الإمام : فهذا مختلف . قال مناظره : يجمعه كله أنه منفصل لا يخالطه شيء ، فقال الإمام : قد تركت قولك الأول ، وقلت آخر ، وستتركه إن شاء الله تعالى ، فقال الإمام : فكأن القبض لا يقع أبداً إلا على منفصل لا يخالطه شيء ، فأجاب مناظره : نعم . فقال الإمام : فإني لما اشتريت أردت نقض البيع ، فقلت : باعني نصف دار مشاعاً لا أدري أشرقي الدار يقع أم غربيها ، ونصف عبد لا ينفصل أبداً ولا ينقسم ، وأنت لا تجيزني على قسمه ؛ لأن فيه ضرراً ، فأنا أفسخ البيع بيني وبينك ، فأجاب مناظره قائلاً : ليس ذلك لك ، وقبض نصف الدار ، ونصف الأرض ، ونصف العبد ، ونصف السيف أن تسلمه ، ولا يكون دونه حائل فقال الإمام : أنت لا تجيز البيع إلا معلوماً ، وهذا غير معلوم . قال مناظره : هو وإن لم يكن معلوماً بعينه منفصلاً ، فالكل معلوم ، ونصيبك من الكل محسوب . قال الإمام : وإن كان محسوباً فإني لا أدري أين يقع ؟ . قال المناظر : أنت شريك في الكل . قال الإمام : فهو غير مقبوض ؛ لأنه ليس بمنفصل ، وأنت تقول فيما ليس بمنفصل : لا يكون مقبوضاً ، فيبطل به الرهن ، وتقول : القبض أن يكون منفصلاً قال مناظره : قد يكون منفصلاً وغير منفصل قال الإمام : وكيف يكون مقبوضاً وهو غير منفصل ؟ أجاب بأن الكل معلوم ، وإذا كان الكل معلوماً فالبعض بالحساب معلوم قال الإمام : فقد تركت قولك الأول ، وتركت قولك الثاني ، فلمَ إذاً كان هذا كما وصفت يجوز البيع فيه ، والبيع لا يجوز إلا معلوماً ، فجعلته معلوماً ، ويتم بالقبض ؛ لأن البيع عندك لا يتم حتى يقضي على صاحبه بدفع الثمن إلا مقبوضاً ، فكان هذا عندك قبضاً ، زعمت أنه في الرهن غير قبض ، فلا يعدو إما أن تكون أخطأت بقولك : لا يكون في الرهن قبضاً أو بقولك : يكون في البيع قبضاً .

ثم ذكر الإمام القبض الشرعي بما ينفق ، وما ذكرناه في بيان حقيقة القبض الشرعي آنفاً ثم قال الشافعي : ولم أسمع أحداً عندنا مخالفاً فيما قلت من أنه يجوز فيه الرهن ، والذي يخالف لا يحتج فيه بمتقدم من أثر ، فيلزم اتباعه ، ولا بقياس ، ولا معقول ، فيغيبون في الاتباع الذي يلزمهم أن يفرقوا بين الشيئين إذا فرقت بينهما الآثار حتى يفارقوا الآثار في بعض ذلك ؛ لأن يجزئوا الأشياء زعموا على مثال ثم تأتي أشياء ليس فيها أثر فيفرقون بينها وهي مجتمعة بآرائهم ، ونحن وهم نقول في الآثار تتبع كما جاءت ، وفيما قلت وقلنا بالرأي لا نقبل إلا قياساً صحيحاً .
=

ثُمَّ مَعَ الْـوَلَدِ فَـالـزَّائِـدُ قِيمَتُـهُ ،

مثلاً حفظ (ثم) تقوّم (مع الولد) فإذا قيل قيمتهما مائة وخمسـون مثلاً (فـالزائـد) على قيمتها وهـو خمسون (قيمتـه) فيوزّع الثمن على هـذه النسبة فيكـون للمرتهن ثلثـا الثمن يقضي منه

= وإن هذه المناظرة لتدلنا دلالة واضحة على أن ثبوت ملك اليـد والحبس الدائم ليسـا بموجـودين عند المتقدمين من الحنفية ، ولم يجرِ ذكرهما قط ، ويغلب على الظن أن إماماً من أئمة الحنفية هو الذي نـاظر الإمام الشافعي ، فلو كانا يصلحان في نظره لما ترك الحجاج بهما ، وقد تبين ضعف اعتبارهمـا من أحكام الرهن فيما سلف ، وإذاً فقـد أسفر الصبـح ، وتبين أن رهن المشاع جـائز ، وأن المقصـود من الرهن بيـع المرهون ليقضي منه الدين عند تعذر الوفاء من الراهن ، وهو متحقق في المشاع .

الوضعيون : يجوز رهن المشاع إذا أمكن حيازته .

وقد حكم بأنه من حيث إن حيازة الدائن المرتهن يجب أن تقع على شيء معين ، فرهن الحيازة يكون باطلاً إذا كان متعلقاً بملكية على الشيوع ليس باستطاعة الدائن المرتهن أن يكون له عليها الحيازة المادية أو حق الحبس الذي يقرره القانون .

وفي قضية اتفق دائن مرتهن لحصة شائعة في عقار مع شريك مدينه على أن الشريك يستمر حائزاً للعين نيابة عنه ، وأن يدفع لهُ حصة الدين من الربع ثم رفع هذا الدائن دعوى يطالب فيها المدين والشريك بهذه الحصة في الربع ، فحكمت المحكمة بقبول وضع اليد بهذه الطريقة ، وبصحة الرهن ما لم يوجـد دائنون آخرون .

فالحكم الأول مستمد من مذاهب الحنفية ، والثاني مستمد من مذهب الجمهور إذ الشريك قائم مقام العدل في قبض المرهون ، ولا داعي للتفرقة بين ما تمكن حيازته . وما لا تمكن لما بينا .

شرط الحنفية شرطاً سـادساً : أن يكـون المرهـون محوزاً ، والحـوز في اللغة الجمـع وضم الشيء كالحيازة احترازاً عن رهن ثمر على شجر وزرع بأرض بدونهما ، فلا يجوز عنـدهم ؛ وذلك لأن المـرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة ، فيكون بمنزلة الجزء الشائع ، والمشاع لا يجوز رهنه فكذا هذا .

وقد بينت أن المشاع يجوز رهنه وأن المعول عليه إمكان بيعه ليستوفى منه الدين عند تعذر الوفـاء من الراهن ، ولا شك أن الثمر يجوز بيعـه فيجوز رهنـه وحده ، وكـذا الزرع بـدون الأرض ، فلا داعي لهـذا الشرط .

شرطوا أيضاً أن يكون مفرغاً ، وهذا سابع الشروط أي غير مشغول بالراهن أو بملكـه ، فلو رهن داراً فيها متاع للراهن وأقبضه الدار وهو بداخلها أو كان له فيها متاع لم يخرجه منها لم يصح القبض ، ولم يلزم الرهن حتى يخرج منها ، ويخليها من متاعه إذ تظل سيطرته باقية عليها ، ولا بد من إعادة التخلية بعد الخروج ونقل المتاع ، ونظر في هذا بأن التخلية تصح بقوله مع التمكين منهـا ، وعدم المـانع ، فـأشبه مـا لو كـانا خارجين عنها ، ولا يصح ما ذكروه ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها ؟ ولأنـه بخروجـه محقق لقولـه فلا معنى لإعـادة التخلية ، وأمـا المتاع فـلا يمنع أيضـاً من القبض ، وليكن تركه فيها على سبيل الوديعة ثم إن مَن تأمل كلامهم في كل ما ذكروه يراه مبنياً على الحبس الدائم تحت يد المرتهن الذي يحول بين الراهن وبين الانتفاع بالمرهون ، وقد ظهر مـا فيه الـرهن للدكتور حسن مصطفى ، والتأمينات الشخصية والعينية للدكتور كـامل مـوسى ص ٢٤٩ ، ٢٥٠ (مادة ٣٢٩) دائـرة المعارف للبستاني باب الرهن .

وَرَهْنُ الجَانِي وَالمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا ، وَرَهْنُ المُدَبَّرِ وَالمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى المَـذْهَبِ ،

الدين وللرهن الثلث لا تعلق للمرتهن به ، والأصح في صورة رهن الولد دونها أن التقويم ينعكس فيقوّم الولد وحده محضوناً مكفولاً ثم مع أمه . فالزائد قيمة الأم ، وحكم الولد مع الأب وغيره ممن يمتنع التفريق بينهما كحكمه مع الأم. **(ورهن الجاني والمرتدّ كبيعهما)** وتقدّم في البيع أنه لا يصح بيع الجاني المتعلق برقبته مال بخلاف المتعلق بها قود أو بذمته مال ، وفي الخيار أنه يصح بيع المرتدّ ، وإذا صح رهن الجاني لا يكون مختاراً للفداء بخلاف بيعه على وجه ؛ لأن محل الجناية باق في الرهن بخلافه في البيع ، ورهن المحارب صحيح أيضاً كبيعه **(ورهن المدبر)** وهو المعلق عتقه بموت سيده باطل على المذهب وإن جاز بيعه لما فيه من الغرر ؛ لأن السيد قد يموت فجأة فيبطل مقصود الرهن ، وقيل يجوز كبيعه . قال في الروضة : وهو قويّ في الدليل ، وقيل على قولين مبنيين على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة ، فإن قلنا بالأوّل جاز وكان رجوعاً ، أو بالثاني فلا ، وهذه الطريقة أقرب إلى القياس **(و)** رهن **(المعلق عتقه بصفة)** تتقدّم على حلول الدين بأن يتيقن الحلول بعد وجود الصفة ، وكذا لو احتمل الأمران أو علمت المقارنة أو لم تعلم بل كان **(يمكن سبقها حلول الدين باطل على المذهب)** إذا لم يشرط بيعه قبل وجودها لما فيه من الغرر ؛ لأنه رهن ما لا يمكن الاستيفاء منه ، وقيل فيه قول آخر : إنه يجوز ، وهو مخرج من رهن ما يتسارع إليه الفساد ، وفرق الأوّل بأن الظاهر في هذا من جهة الراهن بيعه إذا خشي تلفه وجعل ثمنه رهناً ، والظاهر في ذلك بقاؤه على الوفاء به لغرضه في تحصيل العتق ، فإن شرط بيعه قبل وجود الصفة ، أو تيقن حلوله قبلها بأن رهنه بحالّ أو مؤجل يحلّ قبل وجودها بزمن يسع البيع صحّ الرهن جزماً ، ولا بدّ من هذا القيد فيما إذا كان الدين حالاً ، وإذا كان كذلك فالمدبر لا يعلم فيه ذلك ، فسقط ما قيل : إن التدبير تعليق عتق بصفة على الأصح فكان ينبغي أن يصح بالدين الحالّ كالمعلق عتقه بصفة كما قاله البلقيني ، أو يمنع فيهما كما قاله السبكي ، وقال : إنه مقتضى إطلاق النصوص اهـ وفرق بعضهم بأن العتق في المدبر آكد منه في المعلق عتقه بصفة بدليل أنهم اختلفوا في جواز بيعه دون المعلق بصفة : أي ؛ ولأن بعض المذاهب يمنع صحة بيع المدبر ، فإن لم يبع المعلق عتقه بصفة حتى وجدت عتق كما رجحه ابن المقري بناء على أن العبرة في العتق

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ ، فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ فَعَلَ ، وَإِلاَّ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْناً صَحَّ ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْناً ، وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَسَدَ فِي الأَظْهَرِ ،

المعلق بحال التعليق لا بحال وجود الصفة ، وللمرتهن الخيار بالعتق في فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن جهل التعليق كما في رهن الجاني **(ولو رهن ما يسرع فساده)** بمؤجل يحلّ بعد الفساد أو معه أو قبله بزمن لا يسع البيع **(فإن أمكن تجفيفه كرطب)** يجيء منه تمر ، أو عنب يجيء منه زبيب ، أو لحم طريّ يتقدّد **(فعل)** حفظاً للرهن ، والمجفف له هو المالك ومؤنته عليه كما قاله صاحب المطلب . أما إذا كان يحلّ قبل فساده بزمن يسع البيع فإنه يباع على حاله **(وإلا)** أي وإن لم يمكن تجفيفه كالثمرة التي لا تجفف واللحم الذي لا يتقدّد والبقول ينظر **(فإن رهنه بدين حالّ أو مؤجل يحلّ قبل فساده)** بزمن يسع بيعه فيه على العادة **(أو)** يحلّ بعد فساده أو معه ، لكن **(شرط)** في هاتين الصورتين **(بيعه)** عند إشرافه على الفساد **(وجعل الثمن رهناً)** مكانه **(صحّ)** الرهن في الصور كلها لانتفاء المحذور . فإن قيل : شرط جعل ثمنه رهناً ينافيه ما يأتي من أن الإذن في بيع المرهون بشرط جعل ثمنه رهناً لا يصح . أجيب بأن ذلك اغتفر هنا للحاجة **(ويباع)** المرهون وجوباً في الصورتين الأخيرتين **(عند خوف فساده)** عملاً بالشرط وحفظاً للوثيقة ، وكذا يباع في الصورتين الأولتين كما في الروضة وأصلها **(ويكون ثمنه رهناً)** مكانه في الصور كلها بلا إنشاء عقد **(وإن شرط منع بيعه)** قبل الحلول **(لم يصح)** الرهن لمنافاة الشرط لمقصود التوثق **(وإن أطلق)** بأن لم يشرط واحداً منهما **(فسد)** الرهن **(في الأظهر)** لتعذر الوفاء منه ؛ لأن البيع قبل المحلّ لم يؤذن فيه وليس من مقتضى الرهن ، وهذا ما عزاه الرافعي في الشرح الكبير إلى تصحيح العراقيين وهو المعتمد . والثاني : يصح ، وعزاه الرافعي في الشرح الصغير إلى تصحيح الأكثرين . وقال الإسنوي : إن الفتوى عليه ، ويباع عند تعرّضه للفساد ؛ لأن الظاهر أنه لا يقصد إتلاف ماله **(وإن لم يعلم هل يفسد)** المرهون **(قبل)** حلول **(الأجل صحّ)** الرهن المطلق **(في الأظهر)** ؛ لأن الأصل عدم فساده قبل الحلول . والثاني : يفسد لجهلنا إمكان البيع عند المحل ، وهو نظير ما صححه في المعلق عتقه بصفة لا يعلم تقدّم أو تتأخر ، وفرق الأوّل بأن سبب الفساد ثمّ وهو التعليق موجود عند ابتداء الرهن بخلافه هنا ، وبأن علامة الفساد هنا تظهر دائماً بخلافها ثمّ ، وبأن الشخص ليس له غرض

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الأَجَلِ صَحَّ فِي الأَظْهَرِ، وَإِنْ رَهَنَ مَا لاَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ لَمْ يَنْفَسِخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ ،

في إتلاف ماله وله غرض في عتقه لتشوّف الشارع إليه ، ولو أذن الراهن للمرتهن في بيع المرهون ففرّط بأن تركه أو لم يأذن له وترك الرفع إلى القاضي كما بحثه الرافعي وقوّاه المصنف ضمن . فإن قيل : سيأتي أنه يصح بيع المرتهن إلا بحضرة المالك فينبغي حمل الصورة الأولى عليه . أجيب بأن بيعه ثمّ إنما امتنع في غيبة المالك لكونه للاستيفاء وهو متهم بالاستعجال في ترويج السلعة ، بخلافه هنا فإن غرضه الزيادة في الثمن ليكون وثيقة له ، ولو رهن الثمرة مع الشجر صحّ مطلقاً إلا إن كان الثمر لا يتجفف فله حكم ما يسرع إليه الفساد فيصح تارة ويفسد أخرى ، ويصح في الشجر مطلقاً ، ووجهه عند فساده في الثمرة البناء على تفريق الصفقة ، وإن رهن الثمرة مفردة فإن كانت لا تتجفف فهي كما يتسارع إليه الفساد ، وقد تقدّم حكمه ، وإن كانت تتجفف جاز رهنها ولو قبل بدوّ الصلاح وبغير شرط قطع ؛ لأن حق المرتهن لا يبطل باحتياجها ، بخلاف البيع فإن حق المشتري يبطل ، ولو رهنها بمؤجل يحلّ قبل الجداد وأطلق الرهن بأن لم يشرط القطع ولا عدمه لم يصح ؛ لأن العادة في الثمار الإبقاء إلى الجداد ، فأشبه ما لو رهن شيئاً على أن لا يبيعه عند المحل إلا بعد أيام ويجبر الراهن على إصلاحها من سقي وجداد وتجفيف ونحوها ، فإن ترك إصلاحها برضا المرتهن جاز ؛ لأن الحقّ لهما لا يعدوهما وهما مطلقا التصرّف ، وليس لأحدهما منع الآخر من قطعها وقت الجداد . أما قبله فلكل منهما المنع وإن لم تدع إليه ضرورة ، ولو رهن ثمرة يخشى اختلاطها بدين حالّ أو مؤجل يحلّ قبل الاختلاط أو بعده بشرط قطعها قبله صحّ إذ لا مانع ، وإن أطلق الرهن صحّ على الأصح ، فإن اختلط قبل القبض حيث صحّ العقد انفسخ لعدم لزومه أو بعده فلا ، ثم إن اتفقا على كون الكل أو البعض رهناً فذاك وإلا فالقول قول الراهن في قدره بيمينه ، ورهن ما اشتدّ حبه من الزرع كبيعه ، فإن رهنه مع الأرض أو منفرداً وهو بقل فكرهن الثمرة مع الشجرة أو منفردة قبل بدوّ الصلاح وقد مرّ **(وإن رهن ما لا يسرع فساده فطرأ ما عرّضه للفساد)** قبل الحلول **(كحنطة ابتلت لم ينفسخ الرهن بحال)** وإن تعذر تجفيفها ؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء . ألا ترى أن الآبق لا يصح بيعه ، ولو أبق بعد البيع وقبل القبض لم ينفسخ ، فكذا هنا ، وسواء طرأ قبل القبض أم بعده ، بل يجبر الراهن عند تعذر تجفيفه على بيعه وجعل ثمنه رهناً مكانه حفظاً للوثيقة **(ويجوز أن يستعير شيئاً ليرهنه)** بدينه ؛ لأن الرهن توثق ، وهو يحصل بما لا

وَهُوَ فِي قَوْلٍ عَارِيَةٌ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذٰلِكَ الشَّيْءِ فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ ، وَكَذَا المَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الأَصَحِّ ،فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ

يملكه بدليل الإشهاد والكفالة ، بخلاف بيع ملك غيره لنفسه لا يصح ؛ لأن البيع معاوضة فلا يملك الثمن مَن لا يملك المثمن ، وشمل كلامهم الدراهم والدنانير فتصح إعارتهما لذلك ، وهو المتجه كما قاله الإسنوي وإن لم تصح إعارتهما لغير ذلك **(وهو)** أي عقد الاستعارة بعد الرهن **(في قول عارية)** أي باق عليها لم يخرج عنها من جهة المعير إلى ضمان الدين في ذلك الشيء ، وإن كان يباع فيه كما سيأتي **(والأظهر أنه ضمان دين)** من المعير **(في رقبة ذلك الشيء)** المرهون ؛ لأنه كما يملك أن يلزم ذمته دين غيره ، فينبغي أن يملك إلزام ذلك عين ماله ؛ لأن كلاً منهما محل حقه وتصرّفه ، فعلم أنه لا تعلق للدين بذمته حتى لو مات لم يحل الدين ، ولو تلف المرهون لم يلزمه الأداء **(فيشترط)** على هذا **(ذكر جنس الدين)** ككونه ذهباً أو فضة **(وقدره)** كعشرة أو مائة **(وصفته)** من صحة وتكسر وحلول وتأجيل لاختلاف الأغراض بذلك كما في الضمان **(وكذا المرهون عنده)** فيشترط ذكره **(في الأصح)** لما مر . والثاني : لا يشترط لضعف الغرض فيه ، ولا يشترط شيء مما ذكر على قول العارية ، ومتى خالف ما عينه له بطل الرهن على القولين للمخالفة لا إن رهن بأقلّ مما عينه له كأن عين له ألف درهم فرهنه بمائة فلا يبطل لرضا المعير به في ضمن رضاه بالأكثر ، هذا إذا كان من جنسه ، فلو قال : آرهنه بمائة دينار فرهنه بمائة درهم لم يصح لاختلاف الأغراض بذلك ، ولو رهنه بأزيد مما عينه بطل في الجميع لا في الزائد فقط للمخالفة وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين ، ولو استعاره ليرهنه عند واحد فرهنه عند اثنين أو عكسه لم يصح لاختلاف الأغراض بذلك ، إذ في الأولى قد يبيع أحد المرتهنين المرهون دون الآخر ، فيتشقص الملك على المعير ، وفي الثانية لا ينفك منه شيء بأداء بعض الدين بخلاف ما لو رهنه من اثنين ، فإنه ينفك بأداء نصيب أحدهما ما يخصه من المرهون ، ولو قال له المالك : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي من غير قبول المضمون له كفى وكان كالإعارة للرهن **(فلو تلف)** المرهون المعار بعد رهنه أو بيع في جنايته **(في يد المرتهن فلا ضمان)** على المرتهن بحال ؛ لأنه أمين ، ولا على الرّاهن على قول الضمان ؛ لأنه لم يسقط الحق عن ذمته ويضمنه على قول العارية . أما إذا تلف في يد الرّاهن فعليه ضمانه ؛ لأنه مستعير ولم يتمّ عليه حكم الضمان ، ولو أعتقه المالك فكإعتاق

وَلاَ رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ ، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالاًّ رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ ، وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ .

المرهون فينفذ قبل قبض المرتهن له مطلقاً وبعده من الموسر دون المعسر ، ولو أتلفه إنسان أقيم بدله مقامه كما قال الزركشي : إنه ظاهر كلامهم **(ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن)** على القولين وإلا لم يكن لهذا الرّهن معنى ، إذ لا وثوق به . وأفهم جواز الرجوع قبل قبضه ، وهو كذلك على القولين لعدم لزومه ، وللمرتهن حينئذ فسخ بيع شرط فيه رهن ذلك إن جهل الحال ، وإذا كان الدين مؤجلاً وقبض المرتهن المعار فليس للمالك إجبار الرّاهن على فكه **(فإذا حلّ الدين أو كان حالاًّ)** وأمهله المرتهن فللمالك ذلك ، فإن طالبه وامتنع من أداء الدين **(روجع المالك للبيع)** فقد يريد فداءه ؛ ولأن المالك لو رهن عن دين نفسه لوجبت مراجعته فهنا أولى **(و)** بعد ذلك **(يباع)** المعار **(إن لم يقض الدين)** من جهة المالك أو الرّاهن على القولين وإن لم يأذن المالك ، وسواء أكان الرّاهن معسراً أم موسراً كما يطالب الضامن في الذمة مع يسار الأصيل وإعساره **(ثم يرجع المالك)** على الرّاهن **(بما بيع به)** المرهون لانتفاع الرّاهن به في دينه ، سواء بيع بقيمته أم بأكثر أم أقلّ بقدر يتغابن الناس بمثله ، هذا على قول الضمان . فأما على قول العارية فيرجع بقيمته إن بيع بها أو بأقلّ ، وكذا بأكثر عند الأكثرين ؛ لأن العارية بها تضمن . وقال القاضي أبو الطيب وجماعة : يرجع بما بيع به ؛ لأنه ثمن ملكه . قال الرّافعي : وهذا أحسن ، زاد في الروضة : هذا هو الصواب وإن قضى من جهة الرّاهن انفك الرهن ورجع المالك في عين ماله ، فإن قضاه المالك انفك الرهن ورجع بما دفعه على الراهن إن قضى بإذنه وإلا فلا رجوع له كما لو أدّى دين غيره في غير ذلك . فإن قيل الرهن بالإذن كالضمان به فيرجع وإن قضى بغير الإذن أيضاً : أجيب بأن محل ذلك إذا قضى من ثمن المرهون كما مر . أما إذا قضى من غيره كما هنا فلا . وحاصله قصر الرجوع فيهما على محلّ الضمان ، وهو هنا رقبة المرهون وثمّ ذمة الضامن ، فإن أنكر الراهن الإذن فشهد به المرتهن للمعير قبل لعدم التهمة ويصدق الرّاهن في عدم الإذن ؛ لأن الأصل عدمه . ولو رهن شخص شيئاً من ماله عن غيره بإذنه صح ويرجع عليه إن بيع بما بيع به أو بغير إذنه صح ولم يرجع عليه بشيء كنظيره في الضمان فيهما . ولو قال المديون لغيره : ارهن عبدك مثلاً بديني من فلان فرهنه فهو كما لو قبضه ورهنه . ثم شرع في الركن الرّابع وهو المرهون به مترجماً بفصل ، فقال .

فصـــل

شَرْطُ المَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْناً ثَابِتاً لاَزِماً فَلاَ يَصِحُّ بِالْعَيْنِ المَغْصُوبَةِ والمُسْتَعَارَةِ فِي الأَصَحِّ

فصـل : شرط المرهون به كونه ديناً

فلا يصح الرّهن بالعين مضمونة كانت كالمغصوب كما سيأتي ، أو أمانة كالمودوع ومال القراض ؛ لأنه تعالى ذكر الرّهن في المداينة فلا يثبت في غيرها ؛ ولأنها لا تستوفى من ثمن المرهون وذلك مخالف لغرض الرّهن عند البيع ، ومن هنا يؤخذ بطلان ما جرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتاباً ويشرط أن لا يعار أو لا يخرج من مكان يحبسه فيه إلا برهن ، وبه صرّح الماوردي وإن أفتى القفال بخلافه ، وبحث السبكي بحثاً ، وهو أن الواقف إن عنى الرهن الشرعي لم يصح أو اللغوي ، وهو أن يكون المرهون تذكرة صح وإن لم يعرف له إرادة فالأقرب صحته ، ويحمل على الثاني تصحيحاً للكلام ما أمكن ، واعترض الزركشي قوله : إن الأقرب صحته ، وحمله على اللغوي بأن الأحكام الشرعية لا تتبع اللغة وكيف يحكم بالصحة مع أنه لا يجوز له حبسه شرعاً ، وأيّ فائدة في الصحة حينئذ ؟ اهـ وضعف بعضهم ما أفتى به القفال : بأن الراهن أحد المستحقين والراهن لا يكون مستحقاً ، إذ المقصود بالرهن الوفاء من ثمن المرهون عند التلف ، وهذاالموقوف لو تلف بغير تعدّ ولا تفريط لم يضمن ، وعلى إلغاء الشرط لا يجوز إخراجه برهن لتعذره ولا بغيره فكأنه قال : لا يخرج مطلقاً . نعم إن تعسر الانتفاع به في المحل الموقوف فيه ووثق بمن ينتفع به في غير ذلك المحلّ أنه يردّه إلى محله بعد قضاء حاجته جاز إخراجه كما أفتى به بعض المتأخرين . ويشترط في الدين ثلاثة شروط : أحدها كونه (ثابتاً) فلا يصح بغيره ، سواء أوجد سبب وجوبه كنفقة زوجته في الغد أم لا كرهنه على ما سيقترضه كما سيأتي ؛ لأن الرّهن وثيقة حق فلا تقدّم عليه كالشهادة ، فلو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه كان مأخوذاً على جهة سوم الرّهن ، فإذا استحقت المنفعة أو استقرض لم يصر رهناً إلا بقبض جديد . ثانيها : كونه معلوماً للعاقدين ، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح كما في الضمان ذكره المتولي وغيره ، ونص الأمّ يشهد له . ثالثها : كونه (لازماً) فلا يصح بما لا يلزم ولا يؤول إلى اللزوم كمال الكتابة كما سيأتي ؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاط الدين . ثم شرع المصنف في بعض محترزات الشروط التي ذكرها فقال (**فلا يصحّ بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصح**) لما مرّ . والثاني : يصح كضمانها لتردّ بجامع التوثق ، وفرّق الأول

ولاَ بِمَا سَيُقْرِضُهُ ، ولَـوْ قَالَ أَقْـرَضْتُكَ هَـذِهِ الدَّرَاهِمَ وارْتَهَنْتُ بِهَـا عَبْدَكَ فَقَـالَ اقْتَرَضْتُ ورَهَنْتُ أَوْ قَالَ بِعْتُكَهُ بِكَذَا وارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ بِهِ فَقَالَ اشْتَرَيْتُ ورَهَنْتُ صَحَّ فِي الأَصَحِّ ، ولاَ يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ ولاَ بِجُعْلِ الجَعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ ،

بأن ضمانها لا يجر لو لم تتلف إلى ضرر ، بخلاف الرهن بها فيجر إلى ضرر دوام الحجر في المرهون .

تنبيه : لو عبر بالعين المضمونة لكان أخصر وأشمل لتناوله المأخوذ ببيع فاسد والمأخوذ بسوم والمبيع والصداق قبل القبض ، بل لو اقتصر على العين لكان أولى ليشمل غير المضمون كالمودوع كما مرّ ، وهذه المسائل خرجت عن الصحة بقوله : ديناً **(ولا بما سيقرضه)** لما مرّ ، وعن ذلك الداخل في الدين بتجوز احترز بقوله ثابتاً **(ولو)** امتزج الرّهن بسبب ثبوت الدين كأن **(قال : أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك ، فقال : اقترضت ورهنت ، أو قال : بعتكه بكذا وارتهنت الثوب به فقال : اشتريت ورهنت صح في الأصح)** ؛ لأن شرط الرّهن في ذلك جائز ، فمزجه أولى ؛ لأن التوثق فيه آكد ؛ لأنه قد لا يفي بالشرط ، والثاني : لا يصح . قال الرافعي : وهو القياس ؛ لأن أحد شقي العقد قد تقدّم على ثبوت الدين ، وأجاب الأوّل بأن ذلك اغتفر لحاجة التوثق ، وبهذا يعلم أنه لا حاجة هنا في صورة البيع إلى تقدير وجود الثمن وانعقاد الرهن عقبه ، بخلاف ما لو قال أعتق عبدك عني بكذا وأعتقه عنه فإنه يقدّر الملك له ثم يعتق عليه لاقتضاء العقد تقدّم الملك ، وهذا الترتيب الذي ذكره المصنف شرط ، وضابطه أن يتقدّم الخطاب بالقرض مثلاً على الخطاب بالرهن ، وجواب القرض على جواب الرهن ، وقال : بعتك أو زوّجتك أو أجرتك بكذا على أن ترهنني كذا ، فقال : اشتريت أو تزوّجت أو استأجرت ورهنت صحّ كما رجحه ابن المقري وإن لم يقل الأوّل بعد ارتهنت أو قبلت لتضمن هذا الشرط الاستيجاب . ومن صور مزج الرّهن : أن يقول : بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب ، فيقول : بعت وارتهنت **(ولا يصح)** الرّهن **(بنجوم الكتابة)** لما سلف **(ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ)** من العمل ؛ لأن لهما فسخها متى شاءا . فإن قيل : الثمن في مدّة الخيار كذلك مع أنه يصح كما سيأتي . أجيب بأن موجب الثمن البيع وقد تمّ ، بخلاف موجب الجعل وهو العمل ، وعن المسألتين احترز بقوله لازماً . وصورة المسألة أن يقول : مَن ردّ عبدي فله دينار ، فيقول شخص : ائتني برهن وأنا أردّه ، ومثله إن رددته فلك دينار وهذا رهن به ، أو

وقِيـلَ يَجُوزُ بَعْـدَ الشُّـرُوعِ ، ويَجُوزُ بِـالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الخِيَـارِ ،وبالـدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ ، ولَا يَجُـوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ المَرْهُونَ : عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَـرَ في الجَدِيـدِ ،

مَن جاء به فله دينار وهذا رهن (**وقيـل يجوز بعـد الشروع**) في العمـل لانتهاء الأمـر فيه إلى اللزوم . أما بعد الفراغ منه فيصح قطعـاً للزوم الجعل بـه (**ويجوز**) الـرهن (**بالثمن في مـدّة الخيار**) لأنه آيل إلى اللزوم ، والأصل في وضعه اللزوم ، بخلاف جعل الجعالة ، وظاهر أن الكلام حيث قلنا ملك المشتري المبيع ليملك البائع الثمن كما أشار إليـه الإمام ، ولا شـك أنـه لا يباع المـرهون في الثمن مـا لم تمضِ مدّة الخيـار ، ودخلت المسألـة في قولـه لازماً بتجوّز . قال الإسنـوي وغيره : ولا يغني عن الثـابت اللازم ؛ لأن الثبـوت معناه الـوجود في الحال . واللزوم وعدمه صفة للدّين في نفسه لا يتوقف على وجـود الدين ، كمـا يقال : دين القرض لازم ، ودين الكتابة غير لازم ، فلو اقتصر على الدين الـلازم لورد عليـه ما سيقـرضه ونحوه مما لم يثبت . وقال ابن الصلاح : ولأن الالتـزامات لا يكتفى بهـا في المخاطبـات ، وهمـا وصفـان مقصـودان يحتـرز بهمـا عن عـدم الثبـوت واللزوم ، ولا فـرق في الـدين بين المستقرّ : كدين القـرض وثمن المبيع المقبـوض ، وغير المستقـرّ : كثمن المبيع قبـل قبضه والأجرة قبل الانتفاع في إجارة العين ، والصداق قبل الدخول . أمـا الأجرة في إجـارة الذمـة فلا يصح الرّهن بها لعدم لزومها في الذمة ، إذ يلزم قبضها في المجلس قبـل التفرّق ، فهي كرأس مال السلم ، ويصح بالمنفعة في إجارة الذمة لا بها في إجارة العين ، لأنها في الأولى دين بخلافها في الثانية ، ويصح بمال المسابقة ؛ لأن الأصل في عقدها اللزوم لا بالذمة قبل الحلول ؛ لأنها لم تثبت ، ولهذا تسقط بـطروّ الموت والجنـون بخلافهـا بعد الحلول لثبـوتها في الذمة ، ولا بالزكاة ولو بعد الحلول لعدم ثبوتها قبله ، ولعدم الدين بعده كما اقتضاه كلام الإسنـوي وابن المقري لتعلقهـا بالعين شـركة ، والمعتمـد الجواز بعـد الحول كمـا في أصل الروضة ؛ لأن الزكاة قد تجب في الذمة ابتداء كزكاة الفطر ودواماً بأن تلف المال بعد الحول وبتقدير بقائه ، فالتعلق به ليس على سبيل الشركة الحقيقية ؛ لأن له أن يعطى من غيرها بغير رضا المستحقين قطعاً فصارت الذمة كأنها منظور إليها (**و**) يجوز (**بالدين**) الواحـد (**رهن بعد رهن**) ؛ لأنه زيادة في الوثيقة ويصيران كما لـو رهنهما معـاً (**ولا يجوز أن يـرهنه المـرهون**) قال الشارح : بالنصب مفعول ثان (**عنده بدين آخر**) مـع بقاء رهنـه الأوّل (**في الجديـد**) وإن وفى بالدينين وكانا من جنسين كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن ، والقديم الجواز ، ونصّ عليه في الجديد أيضاً كمـا تجوز الـزيادة على الـرهن بدين واحـد ، وفرّق الأوّل بـأن الدين

ولاَ يَلْزَمُ إلاَّ بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ وتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ لٰكِنْ لاَ يَسْتَنِيبُ الرَّاهِنَ ولاَ عَبْدَهُ ، وفي المَأْذُون لَهُ وَجْـهٌ ،

يشغل الرهن ولا ينعكس ، والزيادة في الرهن شغل فارغ فيصح ، والزيادة في الدين شغل مشغول فلا يصح . نعم لو جنى الرقيق المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون رهناً بالدين والفداء جاز ؛ لأنه من مصالح الرهن لتضمنه استبقاءه ، ومثله لو أنفق المرتهن على المرهون بإذن الحاكم لعجز الراهن عن النفقة أو غيبته ليكون مرهوناً بالدين والنفقة ، وكذا لو أنفق عليه بإذن الراهن كما قاله القاضي أبو الطيب والروياني وإن نظر فيه الزركشي ، ولو رهن الوارث التركة التي عليها الدين ولو غير مستغرق لها من غريم الميت بدين آخر لم يصح كالعبد الجاني وتنزيلاً للرهن الشرعي منزلة الرهن الجعلي **(ولا يلزم)** الرهن من جهة الراهن **(إلا بقبضه)** أي المرهون لقوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ فلو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد به فائدة ؛ ولأنه عقد تبرّع يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة والقرض ، ولا ترد الوصية ؛ لأنها إنما تحتاج إلى القبول فيما إذا كان الموصى له معيناً فللراهن الرجوع فيه قبل القبض . أما المرتهن لنفسه فلا يلزم في حقه بحال ، وقد يتصوّر فسخه للرهن بعد قبضه كأن يكون الرهن مشروطاً في بيع ويقبضه قبل التفرق من المجلس ثم يفسخ البيع فينفسخ الرهن تبعاً . قال الرافعي في باب الخيار : والمراد بالقبض القبض المعهود في البيع ولا بدّ أن يكون القبض والإقباض **(ممن يصحّ)** منه **(عقده)** أي عقد الرهن فلا يصح شيء منهما من غيره كصبي ومجنون ومحجور سفه **(وتجري فيه)** أي في كل من القبض والإقباض **(النيابة)** كالعقد **(لكن لا يستنيب)** المرتهن في القبض **(الراهن)** ولا نائبه في الإقباض لئلا يؤدّي إلى اتحاد القابض والمقبض ، خرج بذلك ما لو كان الراهن وكيلاً في عقد الرهن فقط أو ولياً فرشد موليه مثلاً فإنه يجوز للمرتهن أن يستنيبه في القبض لانتفاء العلة مع أن عبارة المصنف تقتضي عدم الصحة في ذلك ، فلو قال : لكن لا يستنيب مقبضاً من راهن أو نائبه لكان أولى ، وكان ينبغي أن يقول ولا عكسه ؛ لأن الراهن لو قال للمرتهن : وكلتك في قبضه لنفسك لم يصح . فإن قيل أطلقوا أنه لو أذن له في قبضه صح وهو إنابة في المعنى . أجيب بأن إذنه إقباض منه لا توكيل **(ولا)** يستنيب **(عبده)** أي الراهن ، ولو كان مأذوناً له في التجارة أو مدبراً ؛ لأن يده كيد مولاه **(وفي المأذون له وجه)** أنه يصح لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب ، وفرق الأوّل بأن السيد متمكن من الحجر عليه وأم الولد كالقنّ . فإن قيل : لو وكل رجل العبد في شراء نفسه من مولاه صح مع أنه لا

وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودَعٍ أَوْ مَغْصُوباً عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ ،وَالأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ وَلاَ يُبْرِئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنِ الْغَصْبِ، وَيُبْرِئُهُ الإِيدَاعُ فِي الأَصَحِّ ،

يصح فيما لو وكل مولاه ، فليست هنا يد العبد كيد مولاه . أجيب بأن شراء العبد نفسه من مولاه صحيح في الجملة لتشوّف الشارع إلى العتق فلم ينظروا فيه إلى تنزيل العبد منزلة مولاه في ذلك **(ويستنيب مكاتبه)** لاستقلاله باليد والتصرف كالأجنبي ، ومثله المبعض إذا كان بينه وبين سيده مهايأة ووقع القبض في نوبته وإن وقع التوكيل في نوبة السيد ولم يشترط فيه القبض في نوبته **(ولو رهن)** ماله بيد غيره منه كأن رهن **(وديعة عند مودع أو مغصوباً عند غاصب)** أو مؤجراً عند مستأجر أو مقبوضاً بسوم عند مستام أو معاراً عند مستعير **(لم يلزم)** هنا الرهن **(ما لم يمضِ زمن إمكان قبضه)** أي المرهون كنظيره في البيع ؛ لأنه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان ، وابتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن فيه لا العقد وافهم أنه لا يشترط ذهابه إليه وهو الأصح **(والأظهر اشتراط إذنه)** أي الراهن **(في قبضه)** ؛ لأن يده كانت عن غير جهة الرهن ولم يقع تعرّض للقبض عنه ، والثاني : لا يشترط ؛ لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن ، ولو رهن الأب ماله عند طفله أو عكسه اشترط فيه مضي زمن الإمكان وقصد الأب للقبض كالإذن فيه **(ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب)** وإن لزم لأنه وإن كان عقد أمانة فالغرض منه التوثق وهو لا ينافي الضمان بدليل ما لو رهنه شيئاً فتعدّى فيه فإنه لا يبطل الرهن ، وكذا لا يبرأ المستعير بالرهن وإن منعه المعير الانتفاع لما مرّ ، ويجوز له الانتفاع بالمعار الذي ارتهنه لبقاء الإعارة ، وإن رجع المعير فيه امتنع ذلك عليه ، وللغاصب إجبار الراهن على إيقاع يده عليه ليبرأ من الضمان ثم يستعيره منه بحكم الرهن ، وليس للراهن إجباره على ردّ المرهون إليه ليوقع يده عليه . ثم يستعيره منه المرتهن بحكم الرهن إذ لا غرض له في براءة المرتهن **(ويبرئه)** عن الغصب **(الإيداع في الأصح)** ؛ لأن الإيداع ائتمان ، وهو ينافي الضمان بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبقَ أميناً بخلاف الرهن . والثاني لا يبرئه كالرهن ، وردّ بما مر ، ولو أبرأ الغاصب من ضمان المغصوب وهو باق لم يبرأ ؛ لأن الأعيان لا يبرأ منها ، إذ الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تمليكه ، وكذا لو أبرأه عن ضمان ما يثبت في ذمته بعد تلفه لأنه إبراء عما لم يجب ، ولو أجره المغصوب أو قارضه فيه أو وكله في التصرف فيه أو زوّجه إياه لم يبرأ لما علم مما مرّ

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلَ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وكِتَابَةٍ وكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الأَظْهَرِ وَبِإِحْبَالِهَا ، لَا الْوَطْءِ وَالتَّزْوِيجِ ،وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ ، لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ فِي الأَصَحِّ ،

في رهنه منه . نعم إن تصرف في مال القراض أو فيما وكل فيه برىء ؛ لأنه سلمه بإذن مالكه وزالت عنه يده ، وكذا كلّ مَن كانت يده يد ضمان كالمستعير والمستام . وقد علم مما تقرر أن هذا الحكم لا يختص بالارتهان ولا بالغصب **(ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة)** وبيع وإعتاق لزوال محل الرهن **(وبرهن مقبوض وكتابة)** لتعلق حقّ الغير به .

تنبيه : تقييده تبعاً للرافعي الهبة والرهن بالقبض يقتضي أن ذلك بدون قبض لا يكون رجوعاً ، وهو موافق لتخريج الربيع وتنظيره في الأصح ، والذي نقله السبكي وغيره عن النص : أنه رجوع وهو المعتمد . وقال الأذرعي : والصواب على المذهب حذف لفظ القبض في الهبة والرهن جميعاً ؛ لأنها زيادة موهمة ، وقضية إطلاق المصنف تبعاً لغيره الكتابة أنه لا فرق فيها بين الصحيحة والفاسدة في الجزم بها ، وإلحاق الفاسد بالتدبير في جريان الخلاف أشبه ؛ لأنها تعليق عتق بصفة **(وكذا تدبير)** يحصل به الرجوع **(في الأظهر)** ؛ لأن مقصوده العتق ، وهو مناف للرهن . والثاني : لا ؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن **(وبإحبالها)** منه أو من أبيه كما في فتاوى القاضي لتعلق العتق به **(لا الوطء)** بغير إحبال وإن أنزل وكانت ممن تحبل ؛ لأنه ليس سبباً لزوال الملك **(و)** لا **(التزويج)** إذ لا تعلق له بمورد الرهن سواء أكان المزوّج عبداً أم أمة ، بل رهن المزوّج ابتداء صحيح ولا الإجارة ، ولو حلّ الدين المرهون قبل انقضائها ؛ لأن رهن المؤجر وبيعه صحيحان **(ولو مات العاقد)** الراهن أو المرتهن **(قبل القبض)** للمرهون **(أو جنّ)** أو أغمي عليه **(أو تخمر العصير أو أبق العبد)** قبل القبض فيهن أيضاً **(لم يبطل الرهن في الأصح)** أما الموت فلأن مصير الرهن إلى اللزوم فلا يتأثر بموته كالبيع في زمن الخيار ، ووجه مقابله أنه جائز كالوكالة ، وعلى الأوّل يقوم وارث الراهن مقامه في الإقباض ووارث المرتهن مقامه في القبض . وأما الإغماء والجنون فمرتبان على الموت . فإن قلنا : لا يبطل ثمّ ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، وعلى الأصح يقوم مَن ينظر في مال المجنون مقامه في القبض والإقباض ،

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ ، لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا يَنْفُذُ مِنَ الْمُوسِرِ وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ

والمغمى عليه تنتظر إفاقته ، وحجر الفلس أو السفه على أحدهما كالجنون على المذهب . وأما في التخمر والإباق فبالقياس على ما لو كان بعد القبض لاغتفار ما يقع في الدوام ، ووجه مقابله اختلاله في حال ضعف الرهن وعدم لزومه ، وعلى الأوّل يبطل حكم الرهن للعصير ولو بعد القبض ما دام متخمراً لخروجه عن المالية ، فإن تخلل عاد رهناً كما عاد ملكاً ، وللمرتهن الخيار في البيع المشروط فيه الرهن سواء تخلل أم لا إن كان قبل القبض لنقصان الخلّ عن العصير في الأوّل ، وفوات المالية في الثاني . أما بعد القبض فلا خيار له ؛ لأنه تخمر في يده فلو قبضه خمراً وتخلل استأنف القبض لفساد القبض الأوّل بخروج العصير عن المالية لا العقد لوقوعه حال المالية ولا بطلان قطعاً في الموت أو الجنون أو الإباق بعد القبض ، ولو ماتت الشاة المرهونة في يد الراهن أو المرتهن فدبغ المالك أو غيره جلدها عاد ملكاً للراهن ولم يعدّ رهناً ؛ لأن ماليته حدثت بالمعالجة بخلاف الخلّ . فإن قيل قد يحدث بها أيضاً كنقله من شمس إلى ظل وعكسه ، وقد يقع الجلد في مدبغة من غير معالجة . أجيب بأن ذلك نادر فألحق بالغالب . نعم إن أعرض عنه المالك فدبغه غيره فهو له ، وخرج عن الرهن كما صرّح به الأذرعي **(وليس للراهن المقبض تصرف)** مع غير المرتهن بغير إذنه **(يزيل الملك)** كالهبة والبيع والوقف لأنه لو صح لفاتت الوثيقة . وأما معه أو بإذنه فسيأتي أنه يصحّ **(لكن)** إذا لم يصحّ تصرّفه **(في إعتاقه أقوال أظهرها ينفذ)** بالمعجمة **(من الموسر)** بقيمة المرهون ، وبحث البلقيني بأن المعتبر اليسار بأقلّ الأمرين من قيمة المرهون ومن قدر الدين ، وهو كما قال الزركشي التحقيق دون المعسر ؛ لأنه عتق يبطل به حق الغير ، ففرق فيه بين الموسر والمعسر كعتق الشريكين ، فإن أيسر ببعضها عتق القدر الذي أيسر بقيمته ، وإقدام الموسر على العتق جائز كما اقتضاه نصّ الشافعي كما قاله البلقيني وغيره واقتضاه كلام الرافعي وغيره في باب النذر ، وإن نقل الرافعي عن الإمام في بحث التنازع في جناية المرهون أنه يمتنع إقدامه عليه ، والثاني ينفذ مطلقاً ويغرم المعسر إذا أيسر القيمة وتصير رهناً . والثالث لا ينفذ مطلقاً ، وإن احترز بقوله في إعتاقه عن الحكم بعتقه لا بإعتاق الراهن بل بالسراية كما إذا رهن نصف عبد ثم أعتق باقيه فإنه يعتق إن نفذنا إعتاقه ، وكذا إن لم ننقذه في الأصح . لكن يشترط اليسار على الأصح ، لأن هذا حكم من الشرع بعتقه لا إعتاقه **(و)** على الأوّل **(يغرم قيمته)** جبراً لحق المرتهن وتعتبر قيمته **(يوم)** أي

عِتْقِهِ رَهْناً ، وَإِذَا لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ لَمْ نُنَفِّذْهُ فِي الأَصَحِّ ، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالإِعْتَاقِ ، أَوْ بَعْدَهُ نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلاَ رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ ،

وقت (عتقه) وتصير (رهناً) أي : مرهونة من غير حاجة إلى عقد ، وإن حلّ الدين أو تصرّف في قضاء دينه إن حلّ (وإذا لم ننفذه) لكونه معسراً أو على القول بأنه لا ينفذ مطلقاً (فانفك) الرهن بإبراء أو غيره (لم ننفذه في الأصحّ) ؛ لأنه أعتقه وهو لا يمكن إعتاقه ، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال عنه الحجر . والثاني : ينفذ لزوال المانع ، وعلى الأوّل لو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق أيضاً كما فهم من المتن بطريق الأولى ، ولو استعار مَن يعتق عليه ليرهنه ثم رهنه ثم ورثه هل يعتق عليه ؟ ؛ لأنه عتق قهريّ من الشرع أولا لتعلق الوثيقة به ، والأوجه أن يقال : إن كان موسراً عتق وإلا فلا (ولو علقه) أي عتق المرهون في حال الرهن بفكاك الرهن وانفكّ عتق إذا لم يوجد حال الرهن إلا التعليق ، وهو لا يضرّ أو علقه (بصفة) أخرى كقدوم زيد (فوجدت) بعد انفكاك الرهن بأن انفكّ مع وجودها أو قبله عتق أيضاً لما مرّ ، أو وجدت (وهو رهن فكالإعتاق) فيما مرّ فيفصل فيه بين الموسر وغيره ؛ لأن التعليق مع وجود الصفة كالتنجيز (أو) وجدت (بعده) أي بعد فكاك الرهن أو معه (نفذ) العتق (على الصحيح) والثاني : يقول التعليق باطل كالتنجيز في قول ، ولو رهن نصف عبده مثلاً ثم أعتق نصفه ، فإن أعتق نصفه المرهون عتق مع باقيه إن كان موسراً أو غير المرهون أو أطلق عتق غير المرهون من الموسر وغيره ، ويسري إلى المرهون على الموسر أخذاً مما مرّ ، وينفذ عتق المرهون من الموسر عن كفارته لا عن كفارة غيره بسؤاله ؛ لأنه بيع إن وقع بعوض وإلا فهبة ، وهو ممنوع منهما . فإن قيل : يرد على ذلك ما لو مات الراهن فانتقلت العين إلى وارثه فأعتقها عن مورثه ، وكذا إن لم يرهنه ولكن مات وعليه دين فإنه ينتقل إلى الوارث مرهوناً ، ومع ذلك يجوز إعتاقه عن مورثه كما هو حاصل كلام الرافعي في باب الوصية ، وعلله بأن إعتاقه كإعتاقه . أجيب بأن الوارث خليفة مورثه ففعله كفعله في ذلك ؛ ولأن الكلام في إعتاق الراهن نفسه ، وفي الرهن الجعلي لا غيرهما ، ومعلوم أن الإعتاق عن المرتهن جائز كالبيع منه .

فرع : المبعض إذا كان له على سيده دين فرهن عنده نصفه صح ، ولا يجوز أن يعتقه إلا بإذنه إذا كان معسراً ، فإن كان موسراً صح بغير إذنه كالمرتهن الأجنبي (ولا) يصح (رهنه لغيره) أي غير المرهون عنده لمزاحمته حق الأوّل فيفوت مقصود الرهن . وأما الرهن

وَلَا التَّزْوِيجُ وَلَا الإِجَارَةُ إِنْ كانَ الدَّيْنُ حَالاً أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا ، وَلَا الْوَطْءُ، فَإِنْ وَطِىءَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَفِي نُفُوذِ الإِسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الإِعْتَاقِ ، فَإِنْ لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ نَفَذَ في الأَصَحِّ ،

عنده فتقدّم الخلاف فيه **(ولا التزويج)** من غيره ؛ لأنه يقلّ الرغبة وينقص القيمة ، سواء في ذلك العبد والأمة ، زوج الأمة لزوجها الأوّل أم لغيره ، خلية كانت عند الراهن أم مزوّجة . فإن زوّج فالنكاح باطل ؛ لأنه ممنوع منه قياساً على البيع ، وأما التزويج منه فيصح كما قال الزركشي ، واحترز عن الرجعة فإنها تصح لبقاء حقّ الزوج **(ولا الإجارة)** من غيره **(إن كان الدين حالاً أو يحلّ قبلها)** أي قبل انقضاء مدتها ؛ لأنها تنقص القيمة وتقلّ الرغبات عند الحاجة إلى البيع ، فإن حلّ بعدها أو مع انقضائها صحت إذا كان المستأجر ثقة لانتفاء المحذور حالة البيع ، ويصح أيضاً إذا احتمل التقدّم والتأخر والمقارنة أو اثنين منها كما هو قضية كلام المصنف وإن قال الإسنوي: فيه نظر . أما الإجارة منه فتصح ويستمرّ الرهن ، وخرج بذلك الإعارة فتجوز إذا كان المستعير ثقة **(ولا الوطء)** لما فيه من النقص في البكر ، وخوف الإحبال فيمن تحبل ، وحسماً للباب في غيرها . نعم لو خاف الزنا لو لم يطأ جاز له وطؤها كما بحثه الأذرعي ، واحترز بالوطء عن بقية التمتعات كاللمس والقبلة فيجوز كما جزم به الشيخ أبو حامد وجماعة ، وقال الروياني وجماعة بحرمتها خوف الوطء . قال شيخنا وغيره : وقد يجمع بينهما بحمل الثاني على ما إذا خاف الوطء والأوّل على ما إذا أمنه اهـ ، وهو جمع حسن **(فإن وطىء)** ولو عالماً بالتحريم فلا حدّ عليه ولا مهر ، وإذا أحبل **(فالولد حرّ)** نسيب ؛ لأنها علقت به في ملكه . وعليه أرش البكارة إن افتضها لإتلافه جزءاً من المرهون . وإن شاء قضاه من الدين أو جعله رهناً ويعزر العالم بالتحريم **(وفي نفوذ الاستيلاد أقوال الإعتاق)** السابقة ، أظهرها ينفذ من الموسر دون المعسر ويفعل في قيمتها ما تقدّم ، ويباع على المعسر منها بقدر الدين وإن نقصت بالتشقيص رعاية لحقّ الإيلاد بخلاف غيرها من الأعيان المرهونة بل يباع كله دفعاً للضرر عن المالك ، لكن لا يباع شيء من المستولدة إلا بعد أن تضع ولدها ؛ لأنها حامل بحرّ وبعد أن تسقيه اللبأ ويوجد مرضعة خوفاً من أن يسافر بها المشتري فيهلك ولدها . وإن استغرقها الدين أو عدم مَن يشتري البعض بيعت كلها بعدما ذكر للحاجة إليه في الأولى وللضرورة في الثانية وليس للراهن أن يهبها للمرتهن بخلاف البيع ؛ لأن البيع إنما جوّز للضرورة **(فإن لم ننفذه فانفكّ)** الرهن من غير بيع **(نفذ)** الاستيلاد **(في الأصح)** بخلاف نظيره في الإعتاق ؛ لأنه قول يقتضي العتق في في

فَلَوْ مَاتَتْ بالْوِلاَدَةِ غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْناً فِي الأَصَحِّ ، وَلَـهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لاَ يَنْقُصُهُ كالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى ، لاَ الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ ،

الحال فإذا رد لغا ، والإيلاد فعل لا يمكن ردّه ، وإنما يمنع حكمه في الحال لحقّ الغير . فإذا زال حقّ الغير ثبت حكمه ، أما إذا انفك ببيع فإن الإيلاد لا ينفك إلا إذا ملك الأمة ، ولو ملك بعضها فهل يسري إلى باقيها إذا كان موسراً ؟ لم أرَ من ذكره ، والظاهر أنه يسري كمن ملك بعض مَن يعتق عليه ، وهو نظير المسألة بلا شكّ **(فلو ماتت)** هذه الأمة التي أولدها الراهن **(بالولادة)** أو نقصت بها ، وهو معسر حال الإيلاد ثم أيسر **(غرم قيمتها)** وقت الإحبال في الأولى تكون **(رهناً)** من غير إنشاء مكانها ، والأرش في الثانية يكون رهناً معها كذلك **(في الأصحّ)** ؛ لأنه تسبب في هلاكها أو نقصها بالإحبال بغير استحقاق ، وله أن يصرف ذلك في قضاء دينه ، والثاني لا يغرم لبعد إضافة الهلاك أو النقص إلى الوطء ، ويجوز كونه من علل وعوارض وموت أمة الغير بالولادة من وطء شبهة يوجب قيمتها لما مرّ لا من وطء زنا ولو بإكراه ؛ لأنها لا تضاف إلى وطئه ؛ لأن الشرع قطع نسب الولد عنه ، ولو وطيء حرّة بشبهة فماتت بالولادة لم يجب عليه ديتها ؛ لأن الوطء سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة ؛ لأن الوطء بسبب الاستيلاء عليها والعلوق من آثاره فأدمنا به اليد والاستيلاء ، والحرّة لا تدخل تحت اليد والاستيلاء ، ولا شيء عليه في موت زوجته أمة كانت أو حرّة بالولادة لأنه تولد من مستحقّ **(وله)** أي الراهن **(كلّ انتفاع لا ينقصه)** أي المرهون ، والأفصح تخفيف القاف . قال تعالى ﴿ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئاً﴾ [التوبة : ٤] ويجوز تشديدها **(كالركوب)** والاستخدام **(والسكنى)** لخبر الدارقطني والحاكم «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ» وخبر البخاري «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً»[1] ، وقيس على ذلك ما أشبهه كلبس وإنزاء فحلّ على أنثى يحلّ الدين قبل ظهور حملها أو تلد قبل حلوله بخلاف ما إذا كان يحلّ قبل ولادتها أو بعد ظهور حملها فليس له الإنزاء عليها لامتناع بيعها دون حملها ؛ لأنه غير مرهون ، وإذا أخذ الراهن المرهون للانتفاع الجائز فتلف في يده من غير تقصير لم يضمنه كما قاله الروياني **(لا البناء والغراس)** في الأرض المرهونة . ولو كان الدين مؤجلاً ولم يلتزم قلعهما عند فراغ الأجل لنقص القيمة بذلك . فإن التزم ذلك جاز له كما نصّ عليه في الأم ، وجرى عليه الدارمي ، وهو كما قال بعض المتأخرين ظاهر إذا لم

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ١٧٠ في الرهن «٢٥١٢» .

فَـإِنْ فَعَلَ لَمْ يَقْلَعْ قَبْـلَ الأَجَلِ وَبَعْدَهُ إِنْ لَمْ تَفِ الأَرْضُ بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ ، ثُمَّ أَمْكَنَ الاِنْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ وَإِلاَّ فَيَسْتَرِدُّ ، وَيُشْهِدُ

يحدث قلعه نقصاً في الأرض ، ولا تطول مدّته بحيث تضر بالمرتهن وله زراعة ما يدركه قبل حلول الدين أو معه كما بحثه شيخنا إن لم ينقص الزرع قيمة الأرض إذ لا ضرر على المرتهن ، وإذا حلّ الدين قبل إدراكه لعارض ترك إلى الإدراك (**فإن**) كانت قيمتها تنقص بذلك أو كان الزرع مما يدرك بعد الحلول أو (**فعل**) البناء والغراس (**لم يقلع**) ما ذكر (**قبل**) حلول (**الأجل**) لاحتمال قضاء الدين من غير الأرض (**وبعده**) يقلع (**إن لم تف الأرض**) أي قيمتها (**بالدين وزادت به**) أي القلع ولم يأذن الراهن في بيعه مع الأرض ولم يحجر عليه بفلس لتعلق حقّ المرتهن بأرض فارغة . أما إذا وفت قيمة الأرض بالدين أو لم تزد بالقلع أو أذن الراهن فيما ذكر أو حجر عليه فلا يقلع بل يباع مع الأرض في الأخيرتين ويوزع الثمن عليهما ويحسب النقص في الثالثة على الزرع أو البناء أو الغراس إن كانت قيمة الأرض فيها بيضاء أكثر من قيمتها مع ما فيها ، وليس للراهن السفر بالمرهون وإن قصر سفره لما فيه من الخطر بلا ضرورة . فإن دعت ضرورة إلى ذلك كأن جلا أهل بلد لخوف أو قحط أو نحو ذلك كان له السفر به (**ثم إن أمكن الانتفاع**) بالمرهون بما أراده الراهن منه (**بغير استرداد**) له كأن يرهن رقيقاً له صنعة يمكنه أن يعملها عند المرتهن (**لم يستردّ**) من المرتهن لأجل عملها عنده (**وإلا**) أي وإن لم يمكن الانتفاع به بغير استرداد كأن يكون داراً يسكنها أو دابة يركبها أو عبداً يخدمه (**فيستردّ**) للحاجة إلى ذلك . نعم لا يستردّ الجارية إلا إذا أمن من غشيانها لكونه محرماً لها أو ثقة وله أهل ، ثم ما لا يدوم استيفاء منافعه عند الراهن يردّه عند عدم الحاجة إليه فيردّ عبد الخدمة الدابة إلى المرتهن ليلاً ويردّ الحارس نهاراً .

تنبيه : ظاهر عبارة المصنف تشمل ما لو كان الرقيق يحسن الخياطة وأراد السيد الراهن أن يأخذه للخدمة أنه لا يمكن من أخذه وليس مراداً ، فلو زاد ما قدّرته في كلامه لكان أولى (**ويشهد**) المرتهن على الراهن بالاسترداد للانتفاع في كل استردادة (**إن اتهمه**) شاهدين كما قاله الشيخان . قال في المطلب : أو رجلاً وامرأتين ؛ لأنه في المال ، وقياسه الاكتفاء بواحد ليحلف معه ، فإن وثق به لم يكلف الإشهاد . قال الشيخان : لا كل مرة : أي لا يشهد أصلاً فهو نفي للمقيد بقيده كقولهم : لا ضب فيها ينحجر : أي لا ضب ولا انحجار فسقط ما قيل إن ظاهر كلامهما الإشهاد في بعض المرات ، وإنه مخالف لقول الحاوي : ويشهد لا ظاهر العدالة .

إنِ اتَّهَمَهُ وَلَهُ بِإِذْنِ المُـرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَـاهُ ، وَلَهُ الـرُّجُوعُ قَبْـلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلاً بِرُجُوعِـهِ فَكَتَصَرُّفِ وَكِيـلٍ جَهِلَ عَـزْلَهُ ، وَلَـوْ أَذِنَ فِي بَيْعِـهِ لِيُعَجِّلَ المُـؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِـهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْـعُ ،

فـرع : لا تزال يد البائع عن المحبوس بالثمن لاستيفـاء منافعـه ؛ لأن ملك المشتري غيـر مستقرّ بـل يكتسب في يده للمشتـري (وله) أي الـراهن (بإذن المـرتهن مـا منعنـاه) من التصرّفات والانتفاعات من غير بدل ؛ لأن المنع كان لحقه وقد زال بإذنه فيحل الوطء ، فـإن لم تحبل فالـرهن بحالـه ، وإن أحبلها أو أعتق أو بـاع أو وهب نفذ وبـطل الرهن . قـال في الذخائر : فلو أذن له في الوطء فوطىء ثم أراد العود إلى الوطء منـع ، لأن الإذن يتضمن مرة إلا أن تحبل من تلك الوطأة فلا منع ؛ لأن الرهن قد بطل اهـ وظاهر كـلام الأصحاب أن لـه الـوطء فيمن لم تحبل مـا لم يرجـع المرتهن (ولـه) أي المرتهن (الـرجوع) عن الإذن (قبـل تصرّف الراهن) ؛ لأن حقه باق كما للمالك أن يرجع قبل تصرّف الوكيـل (فإن تصـرّف) بعد رجوعه بغير إعتاق وإيلاد وهو موسر (جاهلاً برجوعه فكتصرّف وكيل جهل عزله) من موكله ، وسيأتي في بابه أن الأصحّ عدم النفوذ ، فإن كان عالماً برجوعه فلا ينفذ قطعـاً . وأما تصـرّفه بـالإعتاق والإحبـال إذا كان مـوسراً فنـافذ كمـا علم مما مـرّ ، وللمرتهن الـرجوع فيمـا وهب الراهن أو رهن بإذن المرتهن قبل قبض الموهوب أو المرهون ؛ لأنـه إنما يتمّ بـالقبض ، ولا رجوع له فيمـا أذن له في بيعـه في زمن الخيار ؛ لأن البيـع مبنيّ على اللزوم والخيار دخيـل فيـه ، إنما يـظهر أثـره في حق مَن له الخيـار ، ومتى تصرّف بـإعتـاق أو نحـوه وادّعى الإذن وأنكـره المـرتهن صـدق بيمينـه ؛ لأن الأصـل عـدم الإذن وبقـاء الـرهن ، فـإن نكـل حلف الراهن ، وكان كما لو تصرّف بإذنه ، فإن لم يحلف الراهن وكان التصـرّف بالعتق أو الإيـلاد حلف العتيق والمستولدة ، لأنهما يثبتان الحق لأنفسهما ، بخلافه في نكول المفلس أو وارثه حيث لا يحلف الغرماء ؛ لأنهم يثبتـون الحقّ للمفلس أوّلاً (ولو أذن في بيعـه) أي المرهـون فباعه والـدين مؤجل فـلا شيء له على الـراهن ليكون رهنـاً مكانـه لبطلان الـرهن ، أو حالّ قضى حقه من ثمنه وحمل إذنه المطلق على البيع في غرضه وإن أذن له في البيع أو الإعتاق (ليعجـل المؤجل من ثمنـه) أو من غيـر الثمن في البيـع ، أو من قيمتـه ، أو من غيـرهـا في الإعتاق بأن شـرط ذلك (لم يصح البيع) لفساد الإذن .

تنبيـه : لو عبر المصنف بقوله : بشرط أن يعجل كمـا قدّرتـه في كلامـه تبعاً للمحـرّر

وَكَـذَا لَـوْ شَـرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الأَظْهَر .

فصـــل

إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلمُرْتَهِنِ وَلاَ تُزَالُ إِلاَّ لِلانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ ،

والحاوي لكان أولاً ، فإنه لا يلزم من عبارة المصنف الاشتراط ، وقد قال السبكي في هـذه الصورة : الذي يظهر أنه ليس بشرط فلا يلتفت إليه ، ويصح الإذن والبيع . قـال : فالـوجه حمله على أنه صرّح بالشرط كما صوّره الأصحاب . قال : ولا شك أنه لـو قال : أذنت لـك في بيعه لتعجل ونوى الاشتراط كان كالتصريح بـه ، وإنما النـظر إذا أطلق هل نقـول ظاهـره الشرط أولا ؟ والأقرب المنع (وكذا لـو شرط) في الإذن في بيعـه أو إعتاقـه (رهن الثمن) أو القيمة : أي جعله مرهوناً مكانه لم يصح (في الأظهر) وإن كان الدين حالاً لما ذكـر ، وفساد الشرط كجهالة الثمن عند الإذن . والثاني : يصح البيع ويلزم الراهن الوفاء بالشرط ولا تضرّ الجهالة في البدل ؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البـدل شرعـاً كما لـو أتلف المرهـون فجاز أن ينتقل إليه شرطـاً ، ولو قـال المرتهن للراهن : آضـرب المرهـون فضربـه فمات لم يضمن لتولده من مأذون فيه ، فإن قال له : أدّبه فضربه فمـات فعليه ضمـانه ؛ لأن المـأذون فيه هنا ليس مطلق الضرب بل ضرب تأديب وهو مشروط بسلامة العاقبة ، كما لو أدّب الزوج زوجته ، أو الإمام إنساناً كما سيأتي إن شاء الله تعالى في ضمان المتلفات .

فصـل : فيما يترتب على لزوم الرهن

(إذا لزم الرهن) بالإقباض (فاليد فيه) أي المرهـون (للمرتهن) ؛ لأنهـا الركن الأعـظم في الوثوق (ولا تزال إلا للانتفاع كما سبق) وهذا في الغالب وإلا فقد لا تكون له اليد ، كما لو رهن رقيقاً مسلماً أو مصحفاً من كافر أو سلاحاً من حربيّ فيوضع عند مَن له تملكه ، ومـا لو رهن أمة فإن كانت صغيـرة لا تشتهى أو كان المـرتهن محرمـاً لها ، أو ثقـة من امرأة ، أو ممسـوح ، أو من أجنبي عنده حليلتـه أو محرمـه ، أو امرأتـان ثقتان وضعت عنـده وإلا فعند محرم لها، أو ثقة ممن مرّ ، والخنثى كالأمة ، لكن لا يوضع عند امرأة أجنبية (ولـو شرطـا) أي الـراهن والمرتهن (وضعـه) أي المرهـون (عند عـدل جاز) ؛ لأن كـلاً منهمـا قـد لا يثق بصاحبه ، وكما يتولى العبد الحفظ يتولى القبض أيضاً كما اقتضاه كلام ابن الرفعة ، وخرج بعدل الفاسق فلا يوضعانه عنـده إذا كانـا متصرّفين أو أحـدهما عن الغيـر كوليّ ووكيـل وقيم

أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَوْ الِانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَوْ فُسِّقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ ،وَإِنْ تَشَاحَّا وَضَعَهُ الحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ ،

ومأذون له ، وعامل قراض ، ومكاتب حيث يجوز لهم ذلك وإلا فيجوز ، وعلى هذا يحمل قول الشرحين والروضة عند ثالث ، فعبارة المصنف أولى ؛ لأن مفهومها فيه تفصيل ، وهو لا يردّ، والقول قول العدل في دعوى الهلاك والردّ للمرتهن، فإن أتلفه خطأ، أو أتلفه غيره أخذ منه البدل وحفظه بالإذن الأوّل، أو أتلفه عمداً أخذ منه البدل ووضع عند آخر، ولو أتلفه مكرهاً فكما لو أتلفه خطأ . قال الأذرعي : ولو شرطاً وضعه بعد اللزوم عند الرّاهن صح كما هو مقتضى كلام ابن الرّفعة وإن اقتضى كلام الغزالي خلافه **(أو عند اثنين)** مثلاً **(ونصا على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك)** ظاهر أنه يتبع الشرط فيه **(وإن أطلقا فليس لأحدهما الانفراد)** بحفظه **(في الأصح)** كنظيره في الوكالة والوصاية فيجعلانه في حرز لهما كما في النصّ على اجتماعهما ، فإن انفرد أحدهما بحفظه ضمن نصفه . قال في الأنوار : فإذا سلم أحدهما للآخر ضمنا معاً النصف . والثاني : له الانفراد لما في اجتماعهما من المشقة ، وللموضوع عنده المرهون أن يردّه على العاقدين أو إلى وكيلهما ، وليس له أن يردّه إلى أحدهما بلا إذن ، فإن غابا ولا وكيل لهما ردّه إلى الحاكم ، فإن ردّه إلى أحدهما بلا إذن من الآخر فتلف ضمنه والقرار على القابض ، ولو غصبه المرتهن من العدل أو غصب العين شخص من مؤتمن كمودع ثم ردّها إلى مَن غصبها منه برىء ، بخلاف مَن غصب من الملتقط اللقطة قبل تملكها ثم ردّها إليه لم يبرأ ؛ لأن المالك لم يأمنه ، ولو غصب العين من ضامن مأذون له كالمستعير ثم ردّها إليه برىء كما جزم به صاحب الأنوار ، ولا ينقل المرهون عند آخر إلا إن اتفق العاقدان عليه فحينئذ يجوز ولو بلا سبب **(ولو مات العدل)** الموضوع عنده **(أو فسق)** أو عجز عن حفظه أو زاد فسق الفاسق أو حدثت عداوة بينه وبين أحدهما وطلبا أو أحدهما نقله نقل ، و **(جعلاه حيث يتفقان)** سواء كان عدلاً أم فاسقاً بشرطه المتقدّم **(وإن تشاحا وضعه الحاكم عند عدل)** يراه ؛ لأنه العدل قطعاً للنزاع ، ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله فكتغير حال العدل . فإن قيل ما صورة التشاحح ؟ لأنه إن كان قبل القبض فالتسليم غير واجب وإجبار الحاكم إنما يكون في واجب ، وإن كان بعده فلا يجوز نزعه ممن هو في يده إلا باتفاقهما كما مرّ . أجيب بأن صورتها فيما إذا كان الرّهن مشروطاً في بيع أو وضعاه عند عدل ففسق أو مات كما هو ظاهر كلام المصنف ، وكان الأولى أن يقول

وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الحَاجَةِ ، وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ قَالَ لَهُ الحَاكِمُ تَأْذَنُ أَوْ تُبْرِيءُ ، وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصَرَّ بَاعَهُ الحَاكِمُ ،

فإن تشاحا كالرّوضة ليشير إلى التفريع، **(ويستحق بيع المرهون عند الحاجة)** لوفاء الدين إن لم يوفّ من غيره **(ويقدّم المرتهن بثمنه)** على سائر الغرماء ؛ لأن ذلك فائدة الرّهن ، وكذا يستحق بيعه في جنايته وعند الإشراف على التلف قبل الحلول . واستنبط ابن الرّفعة من استحقاق البيع أنه لا يجب على الرّاهن الوفاء من غير الرهن كما صرح به الإمام وردّه السبكي ، واختار أنه يجب الوفاء : إما من الرهن ، وإما من غيره إذا كان أسرع وطالب المرتهن به فإنه يجب تعجيلاً للوفاء ، وهذا هو الظاهر **(ويبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن)** ؛ لأن له فيه حقاً **(فإن لم يأذن)** أي المرتهن **(قال له الحاكم : تأذن)** في بيعه **(أو تبرىء)** هو بمعنى الأمر : أي ائذن أو أبرىء دفعاً لضرر الراهن **(ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن)** ذلك **(ألزمه القاضي قضاء الدين أو بيعه ، فإن أصرّ)** الراهن أو المرتهن على الامتناع أو أقام المرتهن حجة بالدين الحالّ في غيبة الراهن **(باعه الحاكم)** عليه ووفّي الدين من ثمنه دفعاً لضرر الآخر ، وظاهر أنه لا يتعين بيعه فقد يجد له ما يوفي به الدين من غير ذلك . وقد وقع أن شخصاً رهن داراً بدين ثم غاب وله دار أخرى غير مرهونة فادّعى المرتهن على الغائب عند حاكم وأثبت الرهن والدين وكانت كل من الدارين يمكن وفاء الدين من ثمنها فترك القاضي الدار المرهونة وباع الدار التي ليست بمرهونة فاختلف المفتون في ذلك ، فمنهم مَن أفتى بالجواز ؛ لأن الواجب الوفاء من مال المديون ، فلا فرق بين المرهون وغيره كما لو لم يكن بالدين رهن ، ومنهم مَن أفتى بعدم الجواز ؛ لأن بيع المرهون مستحق دون غيره فلا وجه لبيع غيره مع إمكان بيعه ، وأولى من ذلك ما أفتى به السبكي من أن للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره ؛ لأن له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة ، فإن كان للغائب نقد حاضر من جنس الدين وطلبه المرتهن وفاه منه وأخذ المرهون ، فإن لم يكن له نقد حاضر وكان بيع المرهون أروج وطلبه المرتهن باعه دون غيره ، ولو باعه الراهن عند العجز عن استئذان المرتهن والحاكم صح كما هو قضية كلام الماوردي ، ولو لم يجد المرتهن عند غيبة الراهن بينة أو لم يكن ثمّ حاكم في البلد فله بيعه بنفسه كالظافر بغير جنس حقه .

فرع : شخص رهن عيناً بدين مؤجل وغاب مَن له الدين فأحضر الراهن المبلغ إلى

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ ، وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الأَصَحِّ ، فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ ،

الحاكم وطلب منه قبضه ليفك الرهن هل له ذلك ؟ . أجاب السبكي بأن له ذلك ، وهو ظاهر **(ولو باعه المرتهن بإذن الرّاهن ، فالأصح أنه إن باع بحضرته صح)** البيع **(وإلا فلا)** يصح ؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الغيبة بالاستعجال وترك التحفظ دون الحضور . والثاني : يصح مطلقاً كما لو أذن له في بيع غيره . والثالث : لا يصح مطلقاً ؛ لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقه ، إذ المرتهن مستحق للبيع ، ومحلّ هذه الأقوال إذا كان الدين حالاً ولم يعين له الثمن ولم يقل استوفِ حقك من ثمنه فإن كان الدين مؤجلاً صح جزماً ، أو عين له الثمن صح على غير الثالث لانتفاء التهمة ، أو قال : بعه واستوفِ حقك من ثمنه لم يصح على غير الثاني لوجود التهمة وإذن الوارث لغرماء الميت في بيع التركة ، والسيد للمجني عليه في بيع الجاني كإذن الرّاهن للمرتهن في بيع المرهون **(ولو شرط)** بضمّ أوّله **(أن يبيعه)** أي المرهون **(العدل)** عند المحلّ **(جاز)** وصح هذا الشرط **(ولا يشترط مراجعة الراهن)** في البيع **(في الأصح)** ؛ لأن الأصل بقاء الإذن الأوّل . والثاني : تشترط ؛ لأنه قد يكون له غرض في بقاء العين وقضاء الحق من غيرها ، واحترز بالراهن عن المرتهن ، فيشترط مراجعته قطعاً كما نقله الرافعي عن العراقيين ، فإنه ربما أمهل أو أبرأ ، وقال الإمام لا خلاف أنه لا يراجع ؛ لأن غرضه توفية الحق ، والمعتمد الأوّل ؛ لأن إذنه في البيع قبل القبض لا يصح بخلاف الراهن ، وينعزل العدل بعزل الراهن وموته لا المرتهن وموته ؛ لأنه وكيله في البيع ، وإذن المرتهن شرط في صحته ، لكن يبطل إذنه بعزله وبموته ، فإن جدّده له لم يشترط تجديد توكيل الراهن له ؛ لأنه لم ينعزل ، وإن جدّد الراهن إذناً له بعد عزله له اشترط إذن المرتهن لانعزال العدل بعزل الراهن **(فإذا باع)** العدل وقبض الثمن **(فالثمن عنده من ضمان الراهن)** ؛ لأنه ملكه والعدل أمينه ، فما تلف في يده يكون من ضمان المالك ويستمر ذلك **(حتى يقبضه المرتهن)** فإن ادّعى العدل تلف الثمن عنده ولم يبين السبب صدّق بيمينه ، وإن بينه ففيه التفصيل الآتي في الوديعة ، وإن ادّعى أنه سلمه للمرتهن فأنكر صدّق بيمينه ؛ لأن الأصل عدم التسليم ، وإذا رجع بعد حلفه على الرّاهن رجع الرّاهن على العدل ، ولو صدّقه في التسليم أو كان قد أذن له فيه أو لم يأمره بالإشهاد لتقصيره بترك الإشهاد . فإن قال له : أشهدت وغاب الشهود أو ماتوا فصدّقه الرّاهن أو قال له لا تشهد أو

وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ في يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ المَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ وَالْقَرَارِ عَلَيْهِ ، وَلاَ يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلاَّ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاًّ مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ ، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ

أدّى بحضرة الرّاهن لم يرجع لاعترافه له في الأولتين ،ولإذنه له في الثانية ، ولتقصيره في الرّابعة **(ولو تلف ثمنه في يد العدل ثم استحقّ المرهون)** المبيع **(فإن شاء المشتري رجع على العدل)** لوضع يده عليه **(وإن شاء)** رجع **(على الرّاهن)** لإلجائه المشتري شرعاً إلى التسليم للعدل بحكم توكيله **(والقرار عليه)** أي الرّاهن لما ذكر فيرجع العدل بعد غرمه عليه .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه لا فرق بين تلفه بتفريط وغيره ، وليس مراداً ، بل إذا كان بتقصير فإنه يقتصر في الضمان عليه كما قال السبكي : إنه الأقرب . نعم إن نصبه الحاكم للبيع لموت الراهن أو غيبته أو نحو ذلك لم يكن طريقاً في الضمان حيث لا تقصير ؛ لأنه نائب الحاكم ، والحاكم لا يضمن فكذا هو **(ولا يبيع العدل)** المرهون **(إلا بثمن مثله حالاً من نقد بلده)** كالوكيل ، فإن أخلّ بشيء منها لم يصح البيع ، لكن لا يضر النقص عن ثمن المثل بما يتغابن به الناس ؛ لأنهم يتسامحون فيه . قال الإسنوي : والمتجه إلحاق الراهن والمرتهن به ، وردّه الزركشي بأن الحق لهما لا يعدوهما ، فيجوز بغير ذلك بخلاف العدل ، وردّ عليه بأن الكلام في كل منهما منفرداً . نعم محله في بيع الراهن كما قال الزركشي فيما إذا نقص عن الدين ، فإن لم ينقص عنه ، كما لو كان المرهون يساوي مائة والدين عشرة ، فباعه بإذن المرتهن بالعشرة صح ، إذ لا ضرر على المرتهن في ذلك ، ولو قال الراهن للعدل : لا تبعه إلا بالدراهم وقال المرتهن : لا تبعه إلا بالدنانير لم يبع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن كذا أطلقه الشيخان ، ومحله كما قال الزركشي : إذا كان للمرتهن فيه غرض وإلا كأن كان حقه دراهم ونقد البلد دراهم ، وقال الراهن : بعه بالدراهم ، وقال المرتهن : بالدنانير فلا يراعى خلافه ويباع بالدراهم كما قطع به القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما ، وإذا امتنع على العدل البيع بواحد منهما باعه الحاكم بنقد البلد وأخذ به حق المرتهن إن لم يكن من نقد البلد ، أو باع بجنس الدين وإن لم يكن من نقد البلد إن رأى ذلك **(فإن زاد)** في الثمن **(راغب)** يوثق به زيادة لا يتغابن الناس بمثلها بعد لزوم البيع لم تؤثر ولكن يستحبّ أن يستقبل المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب أو للمشتري إن

قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ، وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ ،وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ ،

شاء أو زاد الراغب (**قبل انقضاء الخيار**) للمجلس أو الشرط (**فليفسخ**) أي العدل البيع (**وليبعه**) له أو للمشتري إن شاء ، ولو باعه ابتداء من غير فسخ صح وكان البيع فسخاً ، وهو أولى ؛ لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب ، فلو لم يفعل ما ذكر انفسخ ؛ لأن زمن الخيار كحالة العقد وهو يمتنع عليه أن يبيعه بمثل الثمن وهناك راغب بزيادة ، فلو رجع الراغب عن الزيادة . فإن كان قبل التمكين من بيعه فالبيع الأوّل بحاله وإلا بطل واستؤنف من غير افتقار إلى إذن جديد إن كان الخيار لهما أو للبائع لعدم انتقال الملك وإلا فلا بدّ من إذن جديد (**ومؤنة المرهون**) من نفقة رقيق وكسوته وعلف دابة وأجرة سقي أشجار وجداد ثمار وتجفيفها وردّ آبق ونحو ذلك (**على الرّاهن**) المالك بالإجماع إلا ما روي عن الحسن البصري : أنها على المرتهن (**ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح**) حفظاً للوثيقة ، والثاني لا يجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضي جزءاً منه فيها بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ويجعل ثمنه رهناً ، وعلى الأوّل لو غاب المالك أو أعسر فكهرب الجمال ، وسيأتي في الإجارة .

تنبيه : قال الإسنوي قوله : ويجبر عليها الخ حشو لا حاجة إليه ، بل يوهم أن الإيجاب متفق عليه ، فلو حذفه كان أصوب . نعم لو حذف الواو من قوله ويجبر زال الإيهام خاصة اهـ ، وهذا ممنوع ، إذ كلام الرّوضة صريح في أن الخلاف في الإجبار وعدمه فقط ، وقد مرّ أن كون المؤنة على المالك مجمع عليه إلا ما حكي عن الحسن البصري . فإن قيل يستثنى من كلامهم المؤن المتعلقة بالمداواة كالفصد والحجامة وتوديج الدابة ، وهو بمنزلة الفصد في الآدميين والمعالجة بالأدوية فلا تجب عليه ؟ . أجيب بأن هذه لا تسمى مؤنة فلم يتناولها كلامهم ، ولهذا ذكرها المصنف عقب ذلك بقوله (**ولا يمنع الرّاهن من مصلحة المرهون : كفصد وحجامة**) ومعالجة بالأدوية والمراهم حفظاً لملكه ، فدلّ ذلك على عدم دخولها فيما تقدّم ، وله ختان الرّقيق إن لم يخف منه وكأن يندمل قبل الحلول ، سواء في ذلك الصغير والكبير كما أطلقه الجمهور ؛ لأنه لا بدّ منه ، والغالب فيه السلامة ، وله قطع السلعة واليد المتآكلة والمداواة إذا غلبت السلامة وإلا امتنع عليه ذلك ، وله نقل المزدحم من النخل إذا قال أهل الخبرة نقلها أنفع ، وقطع البعض منها لإصلاح الأكثر ،

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ ، وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ ،

والمقطوع منها مرهون بحاله ، وما يحدث من سعف وجريد وليف غير مرهون ، وكذا ما كان ظاهراً منها عند العقد كالصوف بظهر الغنم ، وله رعي الماشية في الأمن نهاراً ويردّها إلى المرتهن أو العدل ليلاً ، وله أن ينتجع بها إلى الكلأ ونحوه لعدم الكفاية في مكانها ويردّها إلى عدل يتفقان عليه أو ينصبه الحاكم ، ويجوز للمرتهن الانتجاع بها للضرورة كما يجوز له نقل المتاع من بيت غير محرز إلى محرز ، فإن انتجعا إلى مكان واحد فذاك ، أو إلى مكانين فلتكن مع الراهن ويتفقان على عدل يبيت عنده أو ينصبه الحاكم كما مرّ (وهو) أي المرهون (**أمانة في يد المرتهن**) لخبر «الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ : أَيْ مِنْ ضَمَانِ رَاهِنِهِ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» . وقال الشافعيّ : وهذا أفصح ما قاله العرب الشيء من فلان : أي من ضمانه ، فلو شرط كونه مضموناً لم يصحّ الرهن (**ولا يسقط بتلفه شيء من دينه**) كموت الكفيل بجامع التوثق .

تنبيه : قوله : ولا يسقط بالواو أحسن من حذفها في المحرّر والرّوضة وأصلها ؛ لأنها تدلّ على ثبوت حكم الأمانة مطلقاً ، ويتسبب عدم السقوط عنها ، ولا يلزمه ضمانه بمثل أو قيمة إلا إن استعار الراهن أو تعدّى فيه أو منع من ردّه بعد سقوط الدين والمطالبة . أما بعد سقوطه وقبل المطالبة فهو باق على أمانته .

فروع : ليس للراهن أن يقول للمرتهن احضر المرهون وأنا أقضي دينك ، إذ لا يلزمه الإحضار ولو بعد قضاء الدين ، وإنما عليه التمكين كالمودع والإحضار وما يحتاج إليه من مؤنة على ربّ المال ، ولو قال : خذ هذا الكيس واستوفِ حقك منه فهو أمانة في يده إلى أن يستوفي ، فإذا استوفاه صار مضموناً عليه ، ولو قال : خذه بدراهمك وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر أو كانت أكثر أو أقلّ من دراهمه لم يملكه ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد ، وإن كانت معلومة بقدر حقه ملكها إذا لم يكن للكيس قيمة وإلا فهو من قاعدة مدّ عجوة (**وحكم فاسد العقود**) الصادرة من رشيد (**حكم صحيحها في الضمان**) وعدمه[1] ؛ لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والإعارة ففاسده أولى

---

(١) اتفق الفقهاء على أن المرتهن يضمن المرهون إذا تلف بجنايته أو تفريطه في حفظه ، واختلفوا فيما إذا تلف من غير تعد أو تفريط منه هل هو مضمون عليه أو لا ؟ على أقوال نبسطها : =

أو عدمه كالرهن والهبة بلا ثواب والعين المستأجرة ففاسدة كذلك ؛ لأن واضع اليد أثبتها بإذن مالكها ولم يلتزم بالعقد ضماناً ، والمراد بما ذكر التسوية في أصل الضمان لا في

= ذهب الإمام علي ـ كرّم الله وجهه ـ وعطاء ، والزهري ، والأوزاعي في رواية ، والشافعي ، وأحمد ، وداود ، وأبو ثور ، وابن المنذر إلى أنه لا ضمان عليه ، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين وروي عن الإمام علي ـ كرّم الله وجهه ـ في رواية ثانية وابن عمر وعبيد الله بن الحسن وأبي عبيد وإسحاق بن راهويه أنهما يترادان الفضل .

توضيح ذلك أن المرهون إذا كانت قيمته وقيمة الدين سواء ، فقد سقط الدين عن الراهن ، ولا ضمان عليه في المرهون ، وإن كانت أكثر سقط مقدار الدين من قيمة المرهون ، وكلف المرتهن أن يؤدي إلى الراهن مقدار ما كانت قيمته تزيده على قيمة الدين وإن كانت أقل سقط من الدين مقدار المرهون ، وأدى الراهن إلى المرتهن فضل ما زاد على قيمة المرهون .

وروي عن الإمام علي في رواية ثالثة وعمر وابن عمر في رواية ثانية ، وابن مسعود رضي الله عنهم ، وإبراهيم النخعي ، وقتادة ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، وسفيان أنه إن كانت قيمة المرهون أكثر من الدين أو مثلها سقط الدين كله ، ولا غرامة على المرتهن في زيادة قيمة المرهون على مقدار الدين ، وإن كانت قيمته أقل من الدين سقطت قيمته منه ، وأدى الراهن إلى المرتهن ما بقي من دينه .

واختار الحسن البصري وإبراهيم النخعي في رواية ثانية عنه وشريح والشعبي والزهري وقتادة في رواية ثانية عنهما أنه مضمون بما فيه سواء أكانت قيمته مساوية للدين أم أقل أم أكثر على معنى أنه إذا تلف سقط الدين ، ولا يغرم أحدهما للآخر شيئاً .

ورأى الإمام مالك والأوزاعي في رواية ثانية عنه وعثمان البتي أن المرهون إن كان بيد المرتهن ، وكان مما يخفى كالثياب ونحوها فمضمون على المرتهن إلا أن تشهد بينة أنه تلف بغير سبب منه ، وإن كان مما يظهر كالعقار والحيوان فلا ضمان فيه على المرتهن ، ودينه باق بكماله حتى يؤدى إليه .

هذه خمسة مذاهب تفصيلاً تؤول إلى ثلاثة ؛ لأن ثلاثة منها متفقة على الضمان ، وواحداً يرى أنه أمانة في يد المرتهن ، وواحداً يفصل .

احتج الأولون بما روي عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال : « لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن أبي ذؤيب ، ولفظه : « الرهن من راهنه الذي رهنه » وباقيه سواء . ورواه الشافعي أيضاً موصولاً عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ـ ﷺ ـ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة .

وجه الدلالة : أن لا يغلق الرهن ، معناه لا يسقط الحق تبلغه يؤيد هذا رواية « الراهن من راهنه » أي من ضمانه قال الشافعي : هذا أبلغ كلام للعرب يقولون : هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه ، وأكد هذا وعليه غرمه ، عطبه ونقصه ، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من المرتهن ألا ترى أن رجلاً لو ارتهن من رجل خاتماً بدرهم يساوي درهماً فهلك الخاتم ، فمَن قال : يذهب درهم المرتهن بالخاتم كان قد زعم أن غرمه على المرتهن ؛ لأن درهمه ذهب به ، وكان الراهن بريئاً من غرمه ؛ لأنه قد أخذ ثمنه من المرتهن ثم لم يغرم شيئاً ، وهو خلاف ما روي عنه ﷺ .

اعترض الحنفية بأنه لا حجة فيه ، لأن أحداً من أهل اللغة لم يفهم من هذا اللفظ نفي الضمان عن المرتهن ، ذكر الكرخي أن أهل العلم من السلف ـ رحمهم الله ـ كطاوس وإبراهيم وغيرهما اتفقوا على أن المراد لا يحبس حبساً كلياً لا يمكن فكاكه بأن يصير مملوكاً للمرتهن ، واستدلوا عليه بقول الشاعر : =

الضامن ولا في المقدار فإنهما قد لا يستويان ، وخرج بزيادة الصادر من رشيد ما لو صدر من غيره ما لا يقتضي صحيحه الضمان فإنه مضمون ، واستثني من طرد هذه القاعدة ومن

= وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

يعني : احتبس قلب المحب عند الحبيب على وجه لا يمكن فكاكه ، وليس فيه ضمان ولا هلاك ، والدليل عليه ما روي عن الزهري قال : «كانوا في الجاهلية يرتهنون ويشترطون على الراهن إن لم يقض الدين إلى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن ، فأبطل رسول الله ـ ﷺ ـ ذلك بقوله : «لا يغلق الرهن» ، وسئل سعيد بن المسيب عن معنى هذا اللفظ فقيل : أهو قول الرجل إن لم يأتِ بالدين إلى وقت كذا فالرهن بيع لي في الدين ؟ فقال : نعم ، وقوله ﷺ : «الرهن من راهنه» يؤكد هذا المعنى أي هو على ملك راهنه الذي رهنه لا يزول ملكه بهذا الشرط ، وقوله ﷺ : «له غنمه ، وعليه غرمه» معناه أنه مردود عليه في حال بقائه لا يتملك غيره عليه أو أن يباع بالدين فيزيد الثمن على الدين ، فالزيادة له ، وإن نقص فالنقصان عليه ، وبه نقول ، والصاحب في رواية : «لصاحبه غنمه وعليه غرمه» يحتمل أن يكون هو المرتهن مجازاً كما يقال للمضارب : صاحب المال .

ويمكن الجواب بنظرة في الأقوال المتقدمة في هذا المبحث ، وذلك أننا نرى علياً رضي الله عنه وكرّم الله وجهه ، وعطاء ، والزهري ، والأوزاعي فهموا ما فهمه الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور ، وقالوا بقولهم ، فلم تصح دعوى أن أحداً من أهل اللغة لم يفهمه ، ولا حجة في البيت ؛ لأن غلق الرهن له ثلاثة معان :

الأول : استحقاق المرتهن المرهون في مقابلة دينه إذا لم يوفه في الوقت المضروب .

الثاني : سقوط الحق بتلفه . رواه عبد الرزاق عن معمر .

الثالث : انغلاقه حتى يتعذر على الراهن فكه .

فالمعنى على الأول : لا يستحقه المرتهن بدينه ، وإذا قضاه من غيره انفك .

وعلى الثاني : لا يسقط بتلفه شيء من الدين .

وعلى الثالث : أنه لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه بأن يقضي الحق أي لا يستغلق فلا يفك ولا يطلق بعد ذلك من الرهن من غلق الباب وانغلق واستغلق إذا عسر فتحه ، والغلق ضد الفك . قاله الأزهري .

فالمعنى الذي ذهب إليه أصحاب القول الأول عربي واضح ، وهو أحد معان ثلاثة للفظ بقرينة عجز الحديث ، وما في البيت أحدها بقرينة أيضاً ، وليس في البيت دليل على اتحاد المعنى وانحصاره فيما ذكروا ، والسبب المذكور لا يخصصه بالمعنى الذي قرروه إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ؛ إذ وقوع الفعل بعد النفي يجعله عاماً لأفراد مفاهيمه ؛ لأنه في معنى النكرة ، ولا مانع من استعمال المشترك في كل معانيه ، ولا يقال : إن هذا لا يلزم الحنفية ؛ لأن المختار عندهم أن المشترك في النفي يعم حقيقته لغة ، وعليه فرع في وصايا الهداية ، وفي المبسوط : حلف لا أكلم مولاك وله أعلون وأسفلون أيهم كلم حنث، ولا دلالة على تعيين المعنى الذي ذهبوا إليه فيما روي عن سعيد من تفسيره المذكور إذ هو عن اجتهاد ورواية : «الرهن من راهنه» ، ظاهرة في أنه من ضمان راهنه كما يقال : هذا الشيء من فلان أي ضمانه كما قال الشافعي ، وهو حجة في اللغة ، فحمله على أنه باق على ملكه خلاف الظاهر لا سيما مع عجز الحديث ، على أننا لو سلمنا ما قالوا فلا يضرنا ، وعجزه هو الدليل ، وحملهم «له غنمه وعليه غرمه» على أنه مردود عليه حال بقائه أو أنه إن بيع الخ لا دليل عليه إذ الظاهر أن الراهن مختص بكل غنمه ، فيباح له استرداده للانتفاع به قبل الوفاء وإعادته للمرتهن وقت الراحة ، ومختص بكل غرمه إذ كل منهما مصدر مضاف لمعرفة ، =

عكسها مسائل : فمن الأوّل ما إذا قال : قارضتك على أن الربح كله لي فهو قراض فاسد ، ولا يستحق العامل أجرة ، وما لو قال : ساقيتك على أن الثمرة كلها لي فهو فاسد ولا

= فيعم ، فقصر الأول على الرد عند التأدية ، واستحقاق الزيادة في الثمن والثاني على نقص ثمنه عن الدين أو الإنفاق دون الهلاك قصر بلا دليل ، فيكون مردوداً والحقيقة أظهر فلا يحمل الصاحب على المرتهن إلا بدليل ، ولا دليل ؛ فينصرف للراهن إذ هو المتبادر فسلم الحديث للمستدلين .

وبأن المرهون وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن ، فلو أن رجلاً كان له على رجل ألف درهم فكفل له بها جماعة عند وجوبها أو بعده كان الحق على الذي عليه ، وكان الحملاء ضامنين له كلهم ، فإن لم يؤد الذي عليه لحق كان للدائن أن يأخذ الحملاء كما شرط عليهم ، ولا يبرأ المدين حتى يستوفي آخر حقه ، فلو مات الضامنون أو غابوا لم يسقط حقه ورجع على المدين ، فكذلك الرهن لا ينقص هلاكه ولا نقصانه حق المرتهن .

هذا الدليل فيه قياس هلاك المرهون على موت الضامن ، ولكنهم ذكروه في كتبهم مقيساً على هلاك الصك وموت الشهود ، وجعلوه قياساً مع الفارق ، وإذاً فلا يتلاقى النقاش والدليل الصحيح فسلّم أيضاً .

وبأن بعض المرهون أمانة ، فكذلك كله كالوديعة .

وتكلموا فيه بأن منشأه استبعاد أن يكون القبض واحداً ، والمقبوض متجزئاً بعضه أمانة ، وبعضه مضمون مع أنه لا بعد فيه ، وله نظير من الشارع وهي مسألة الكيس في حقيقة الاستيفاء كمن عليه عشرة دراهم مثلاً لواحد فأعطاه كيساً فيه خمسة عشر درهماً للاستيفاء منها ورد ما بقي فضاع الكيس بما فيه ، فإن قدر الدين وهو العشرة مضمون على القابض ، وما بقي هو والكيس أمانة في يده مع أن القبض واحد ، وقد تجزأ المقبوض إلى أمانة ومضمون .

وضع بأن قدر الدين مضمون في مسألة الكيس بل هو أمانة إلى أن يستوفي الدين ، وما دام قد ضاع قبل استيفاء الدين فلا ضمان والدين باق بحاله ، فلا تجزؤ وبأن العلماء اتفقوا على أن المرهون مملوك للراهن ، وأنه إن أراد إخراجه من يد المرتهن لم يكن له ذلك بما شرط ، وأنه مأخوذ بنفقته ما كان حياً ، وهو مقره في يد المرتهن ومأخوذ بكفنه إن مات لأنه ملكه وإذا كان المرهون في السنة وإجماع الأمة ملكاً للراهن دفعه للمرتهن باختياره وليس له أخذه بل يتحتم عليه إبقاؤه في يديه بالشرط فأي وجه لضمان المرتهن والحاكم يحكم له بحبسه للحق الذي شرط له مالكه فيه وعلى مالكه نفقة ؟ وإنما يضمن مَن تعدى فأخذ ما ليس له أو منع شيئاً في يديه من مالكه بغير حق مثل أن يبتاع الرجل السلعة من الرجل فيدفع إليه ثمنها ويمنعه البائع السلعة فهذا يشبه الغصب والمرتهن ليس في شيء من هذه المعاني لا هو مالك للمرهون فأوجب فيه بيعاً فمنع المشتري من ملكه إياه وعليه تسليمه إليه وإنما ملك المرهون للراهن فلا هو متعد بأخذه منه ولا بمنعه إياه فلا موضع للضمان عليه في شيء من حالاته وإنما هو رجل اشترط لنفسه على الراهن في المرهون شرطاً حلالاً لازماً استوثق فيه من حقه طلب المنفعة لنفسه والاحتياط على غريمه لا مخاطراً بالارتهان لأنه لو كان المرهون إذا هلك هلك حقه كان ارتهانه مخاطرة إن سلم فحقه فيه وإن تلف تلف حقه ولو كان هكذا كان شراً للمرتهن في بعض حالاته لأن حقه إذا كان في ذمة الراهن وفي جميع ماله لازماً أبداً كان خيراً له من أن يكون في شيء من ماله بقدر حقه فإن هلك ذلك الشيء بعينه هلك من ضمان المرتهن وسقط دينه وبرئت ذمة الراهن ولم تبر ذمة رجل تبرأ إلا بأن يؤدي إلى غريمه ما له عليه أو عوضاً يتراضيان عليه فيملك الغريم العوض ويبرأ به مدينه وينقطع مالكه عنه أو يتطوع صاحب الحق بأن يبرىء منه صاحبه والمرتهن والراهن ليسا في واحد من معاني البراءة . =

يستحق العامل أجرة ، والأولى عدم استثناء هاتين الصورتين ؛ لأنهما لم يدخلا في هذه القاعدة ؛ لأن المراد بها ما يقتضي فساده ضمان العوض المقبوض والمالك هنا لم يقبض

= ورد عليه أن الاستيفاء من المالية دون العين فتكون المالية هي المضمونة والعين أمانة والنفقة في الحياة والكفن في الموت للعين وهي باقية على ملكه ولا مانع من أن تكون العين أمانة والمالية مضمونة وقوله إن في الارتهان مخاطرة مردود بأن ثبوت يد الاستيفاء على المرهون يحقق معنى الصيانة وكون الراهن عند هلاك الرهن تفرغ ذمته من الدين بذلك أمر عارض لا يخرج به الرهن عن أن يكون وثيقة لحفظ حق المرتهن إذ العبرة في العقود بالموضوعات الأصلية لا لما قد يطرأ عليها ، وله نظير من الشرع ، وهو الحوالة فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الدائن وإن كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل ، وبه لا ينعدم معنى الوثيقة ، وكذا العارية فإن المقصود منها منفعة المستعير وإن كان من ضرورة حصول تلك المنفعة له أن تكون نفقة العين المستعارة عليه ، فلا يخرج العقد بذلك عن أن يكون محض منفعة له إذ العبرة في العقود الشرعية بمعانيها التي شرعت لها .

والجواب أنه مبني على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، ولم يتم ، وبأنه لو كان قبض المرهون قبض ضمان لناب القبض فيه عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن كالغاصب لما كان قبضه قبض ضمان لم يحتج إلى قبض جديد إذا اشترى الغاصب المغصوب إذ ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء ؛ وليس الأمر كذلك عندكم إذا اشترى المرتهن المرهون بل لا بد من تجديد قبض للبيع حتى تترتب عليه آثاره .

ورد أن المرتهن لا يصير قابضاً بنفس الشراء ؛ لأن الشراء لاقى العين وهي أمانة ، وقبض الأمانة دون قبض الشراء .

ويدفع بأن هذه التفرقة لا دليل عليها إلا أن الاستيفاء من المالية ، وذلك فرع ثبوت يد الاستيفاء ، وقد نفيناه .

وبأنه لو كان قبضه قبض ضمان على المرتهن لضمنه بالهلاك في الرهن الفاسد إذ الفاسد في حكم الضمان معتبر بالصحيح ، وأنتم لا تقولون بذلك إذ المشاع عندكم إذا رهن وقبض على شيوعه لا يكون مضموناً على المرتهن .

أجابوا بأن المقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون عندنا ، فإن المسلم إذا ارتهن من ذمي خمراً أو عصيراً فتخمر في يده كان مضموناً عليه إذا هلك ، وهو رهن فاسد بخلاف الباطل كالرهن بأجرة النائحة والمغنية إذ لا عقد هناك فاسد ولا جائز لانعدام الدين أصلاً ومنه المشاع الذي ذكرتموه على رأي وأما على الرأي الثاني عندنا وهو أن رهنه فاسد إذ هو مال متقوم ولكن منع من الصحة فقد شرط من شروطها فيكون مضموناً .

وهو جواب على الاصطلاح الذي يفرق بين الباطل والفاسد ولا يعترف به المستدل وأما الجواب على الرأي الثاني فهو صحيح فلا يلزم هذا الدليل الحنفية وبأنه لو كان قبضه قبض ضمان لما رجع المرتهن على الراهن عند الاستحقاق والحكم عندكم إذا استحق المرهون وهو تحت سيطرة المرتهن وضمن قيمته بعد الهلاك رجع المرتهن على الراهن بالضمان والدين .

أجابوا بأنه إنما يرجع بالضمان عند الاستحقاق للغرر فالراهن هو المنتفع بقبض المرهون منه حيث إنه يصير موفياً ذمته عند الهلاك في يد المرتهن فيصير المرتهن مغروراً من جهته من هذا الوجه .

وهو مبني على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يخفى رده وبأنه لو كان قبضه قبض استيفاء =

عوضاً فاسداً ، والعامل رضي بإتلاف منافعه وباشر إتلافها ، وما لو صدر عقد الذمة من غير الإمام فهو فاسد ولا جزية فيه على الذمي . قال ابن السبكي : وهذه لا تستثنى أيضاً ؛ لأن

= لحقه وكان المرهون جارية ملكها وحل له وطؤها ولم يكن له ردها على الراهن اختياراً أو إلزاماً ولو أعطاه حقه إلا أن يتراضيا بأن يتبايعا فيها بيعاً جديداً ولم يكن مع هذا أن يكون حق المرتهن إلى سنة مثلاً بل يأخذه اليوم بلا رضا من الراهن وهذه اللوازم باطلة .

وبأن رسول الله ﷺ لما لم يخص رهناً دون رهن علمنا أن ما ظهر هلاكه وخفي سواء إذ اسم الرهن شامل لهما وظاهر فيهما فيبقى هكذا حتى يدل دليل على أنه خاص ليس بعام وباطن ليس بظاهر ولم يعلم دليل من كتاب أو سنّة أو إجماع أو قياس صحيح خال من الطعن يوجب المصير إلى التفصيل ولو جاز بغير دليل جاز لقائل أن يعكس هذه الدعوى قائلاً : الرهن الذي يذهب به إذا هلك حق المرتهن الظاهر الهلاك لأن ما ظهر هلاكه فليس في موضع أمانة فهو كالرضا منهما بأنه بما فيه أو مضمون بقيمته ، وأما ما خفي هلاكه فرضا صاحبه بدفعه إلى المرتهن وهو يعلم أن هلاكه خاف رضا منه بأمانته فيه ، فيكون أميناً ، فإن هلك لم يهلك من مال المرتهن شيء ، فليس الأول بأولى من هذا فلا يصح في هذا قول أبداً على هذا الوجه إذا جاز أن يكون خاصاً بلا دلالة .

وإذاً تبين أن الأدلة نهضت على أن المرهون أمانة في يد المرتهن .

استند الحنفية إلى ما روي عن عطاء أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق فنفق الفرس عند المرتهن ، فاختصم عند رسول الله ـ ﷺ ـ فقال للمرتهن : «ذهب حقك» .

وجه الدلالة : أنه لا يجوز أن يقال : ذهب حقك في الحبس إذ هذا مما لا يشكل ، ولا أن يكون المراد من الحق المطالبة برهن آخر ؛ لأن ذلك لم يكن حقاً ثابتاً للمرتهن على الراهن يجب تنفيذه ، فلم يبق إلا أن المراد ذهب حقك من الدين ؛ ولأنه ذكر الحق منكراً في أول الحديث ثم أعيد معرفاً ، فيكون المراد بالعرف ما هو المراد بالمنكر قال تعالى : ﴿كما أرسلنا إلى فرعون رسولاً ، فعصى فرعون الرسول﴾ اعترض هذا الدليل بما في سنده من الطعون ، وبما في دلالته .

أخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال : سمعت عطاء يحدث : «أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده فقال رسول الله ﷺ : «ذهب حقك» انتهى . رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع حدثنا عبد الله بن المبارك به ، قال عبد الحق في أحكامه : هو مرسل وضعيف ، قال ابن القطان في كتابه : ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط . وإن كان صدوقاً انتهى .

قال الدارقطني : «يرويه إسماعيل بن أمية ، وكان كذاباً» .

من هذا نرى أنه نازل إلى درجة من الضعف تجعله غير منظور إليه في باب الاستدلال على أن قول عطاء يخالفه مع أنه مروي عنه ، وهذا يرجح لدى العقل أنه غير ثابت عنه أو غير صالح فى نظره ، ومع هذا يحتمل أنه ﷺ أراد : ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس. لم يتعين ما عينوه بل هذا الاحتمال هو الراجح فلم ينهض .

وإلى ما روي عن النبي ﷺ : «الرهن بما فيه ذهبت الرهان بما فيها» ، وفي رواية «إذا عمي الرهن فهو بما فيه» .

إذ الذهاب هو الهلاك ، فيكون المعنى هلاك الرهان يكون بما رهنت فيها من الديون وعلى الرواية الثانية إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد هلاكه بأن قال كل من الراهن والمرتهن : لا أدري كم كانت قيمته ، فإن هلاكه يكون بما رهن فيه من الدين . =

القائل بعدم الوجوب لا يقول بفسادها ، بل يجعل الصادر لغواً غير عقد صحيح ولا فاسد : أي فإتلاف الحربيّ غير مضمون فلم يلزمه عوض المنفعة ، كما لو دخل دارنا وأقام فيها مدّة

= وتعقب هذا الدليل بما في سنده ثم دلالته .

قال عليه الصلاة والسلام : «إذا عمي الرهن فهو بما فيه» قلت : روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند رواه الدارقطني في سننه في البيوع ص ٣٠٢ حدثنا محمد بن مخلد ثنا أحمد بن غالب ثنا عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبي ﷺ قال : «الرهن بما فيه» انتهى ، قال الدارقطني : هذا لا يثبت عن حميد ومن بينه وبين مشايخنا كلهم ضعفاء ثم أخرجه عن إسماعيل بن أمية ثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس مرفوعاً نحوه قال : وهذا باطل عن حماد ، وقتادة ، وإسماعيل هذا يضع الحديث ، قال ابن الجوزي في التحقيق والأول فيه أحمد بن محمد بن غالب ، وهو غلام خليل كان كذاباً يضع الحديث ، وعبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطني ، وقال أبو حاتم الرازي : مجهول ، وهشام بن زياد قال يحيى : ليس بشيء ، وقال النسائي : متروك الحديث ، وقال ابن حبان : ينفرد عن الثقات بالمعضلات ، وفي الثاني إسماعيل بن أمية قال الدارقطني : يضع الحديث .

وفي التعليق على نصب الراية «روي هذا الحديث من ثلاثة طرق عند الدارقطني الأول والثاني كما في التخريج ، والثالث : ثنا عبد الباقي بن قانع نا عبد الوارث بن إبراهيم نا إسماعيل بن أبي أمية نا سعيد بن راشد نا حميد الطويل عن أنس فقول ابن الجوزي : وفي الثاني سعيد بن راشد على ما قال بل هو في الحديث الثالث» .

وسعيد بن راشد قال يحيى بن معين : ليس بشيء ، وقال النسائي : متروك الحديث .

وقال ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به . انتهى ، وعبارة التعليق معترضة بين كلام ابن الجوزي وأما المرسل فرواه أبو داود في مراسيله عن علي بن سهل الرملي ثنا الوليد ثنا الأوزاعي عن عطاء عن النبي - ﷺ - قال : «الرهن بما فيه» انتهى .

قال ابن القطان : مرسل صحيح انتهى ، وأخرجه أيضاً عن طاوس مرفوعاً نحوه سواء ، وأخرج أيضاً عن أبي الزناد قال : إن أناساً يوهمون في قوله عليه الصلاة والسلام : «الرهن بما فيه» ، وإنما قال ذلك فيما أخبرنا الثقة من الفقهاء إذا هلك ، وعميت قيمته ، يقال حينئذ للذي رهنه : زعمت أن قيمته مائة دينار أسلمته بعشرين ديناراً ، ورضيت بالرهن ، ويقال للآخر : زعمت أن ثمنه عشرة دنانير فقد رضيت به عوضاً من عشرين ديناراً ، وأخرج الطحاوي في شرح الآثار في باب الرهن يهلك في يد المرتهن بسند صحيح عن أبي الزناد . قال : أدركت من فقهائنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمٰن ، وخارجة بن زيد ، وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه ، وصلاح ، وفضل فذكر ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة أنهم قالوا : «الرهن بما فيه إذا كان هلك وعميت قيمته» ويرفع ذلك منهم الثقة إلى رسول الله - ﷺ - قالوا : «الرهن بما فيه» ، وهو حديث واحد روي بعدة روايات .

هذه خلاصة ما قاله العلماء في سند هذا الحديث تبين أن المسند مطعون في رواته بالكذب والضعف والوضع ، وأن المرسل وإن كان رجاله ثقات إلا أنه ليس في قوة حديث : «لا يغلق الرهن الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» ، لأنه وصل من طرق تكاد تكون صحيحة ، فلا يعارضه فتسقط دلالته .

على أنه لو كان في قوته لاحتمل أن المرهون محبوس بما فيه أو مضمون بما فيه عند تعدي المرتهن أو تفريطه جمعاً بينه وبين حديث «لا يغلق» فلا ينهض على ما قالوا . =

. . . .

ولم يعلم به الإمام . ومن الثاني الشركة فإنه لا يضمن كل من الشريكين عمل الآخر مع صحتها ويضمنه مع فاسدها ، فإذا خلطا ألفاً بألفين وعملا فصاحب الألفين يرجع على

وأما الإجماع : روي عن علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه أنه قال : «يترادان الفضل في الرهن» وفيه دليل على أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ، وتقدم توضيحه بالمثال ، وروي عن عمر وابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا : «إنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا كانت القيمة أكثر فالمرتهن في الفضل أمين ، وهكذا روى محمد بن الحنفية عن علي ـ رضي الله عنه ، وكرم الله وجهه ـ «أن المرتهن في الفضل أمين» وروي عن الحسن البصري وشريح ومَن معهما أنه مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثرت ، فإنه ورد عن شريح : «الرهن بما فيه وإن كان خاتماً من حديد بمائة درهم» .

هذا بيان الاختلاف الذي كان بين المتقدمين في الرهن ، وهذه الأقوال الثلاثة متفقة في أصل الضمان ومجمعة عليه إلى أن أحدث الشافعي قولاً رابعاً أنه أمانة ، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه ، وهو مخالف للإجماع فيرد .

نظرة منصفة ترينا مكانة هذا الإجماع .

إذا بحثنا علمنا أنه لم يجيء فيه كلمة إلا عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم من الصحابة .

فأما عمر فلم يصح عنه ذلك : لأنه من رواية عبيد بن عمير ، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً ، قال البيهقي : ليس بمشهور عن عمر ، وأما ابن عمر فلم يصح عنه ؛ لأنه من رواية إبراهيم بن عمير عنه ، وهو مجهول .

وقد روي عنه «يترادان الفضل» وهو خلاف قول الحنفية .

وأما علي : فمختلف عنه في ذلك ، وأصح الروايات عنه إسقاط التضمين فيما أصابته جائحة قال ابن حزم : روينا من طريق الحجاج بن منهال نا همام بن يحيى أنا قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال في الرهن : «يترادان الفضل فإن أصابته جائحة برىء» فصح أنه لم يتراد الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن لا فيما أصابته جائحة بل رأى البراءة له فيما أصابته جائحة .

وأما عن ابن مسعود فهو غريب .

وصح عن عطاء أنه قال : الرهن وثيقة إن هلك ، فليس عليه غرم بأخذ الدين الذي له كله ، وصح عن الزهري أنه قال في الرهن يهلك ؛ إنه لم يذهب حق هذا إنما هلك من رب الرهن له غنمه ، وعليه غرمه .

فأين إجماع المتقدمين ؟ ومن هنا يتبين أن دعوى إحداث الشافعي أن المرهون أمانة في يد المرتهن لا ظل لها من الحقيقة .

وأما أن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء والحبس الدائم ؛ لأن لفظه ينبيء عنه ، والأحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية ؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ، وهو أن يكون موصلاً إليه ، ويثبت ذلك بملك السيد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن المرهون ، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيسارع إلى قضاء الدين ولضجره ؛ فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه ، وقد تقرر بالهلاك ، فلو استوفى الدين بعده أدى إلى الربا إذ يكون استيفاءً ثانياً ، ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن ؛ لأن استيفاء الأول ينتقص بالرد على الراهن فلا يتكرر ، ولا يقال : إنما صار مستوفياً بملك اليد لا بملك الرقبة وقد بقي حقه من ملك الرقبة فكان له أن يستوفي ليأخذ حقه كاملاً ، أو صار مستوفياً بالمالية دون العين فيكون له الاستيفاء ثانياً ليأخذ حقه كاملاً في العين ؛ لأنا نقول : لا وجه إلى استيفاء الباقي ، وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد أو ملك العين بدون ملك المالية ؛ إذ لا يتصور ذلك فيسقط للضرورة كما إذا استوفى زيوفاً مكان الجياد ، فإن حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين ، فإذا لم يملك العين بقي ملك الراهن فيها ، فتكون أمانة في يد المرتهن ، ولهذا كانت نفقة المرهون حياً وكفنه ميتاً على الراهن ؛ لأنهما مؤونة ملكه .

صاحب الألف بثلث أجرة مثله ، وصاحب الألف يرجع بثلثي أجرته على صاحب الألفين ، وما لو صدر الرهن أو الإجارة من متعدّ كغاصب فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر

ورد عليه أن ثبوت يد الاستيفاء والحبس الدائم ليسا بموجبي عقد الرهن ، ولو سلم ذلك لزم محظور آخر خلاف محظور الربا ، وهو أنه إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً أدى إليه ضياع بعض حقه ، وهو استيفاء الرقبة ، والتأدي إلى ضياع حق المسلم محظور شرعاً أيضاً ، فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحظور على اختيار المحظور الآخر أي محظور الربا ؟ لا شك أنه ترجيح بلا مرجح ، وهو باطل .

وإلى أن المرهون قبض للاستيفاء فيضمنه من قبضه لذلك ، وكذا نائبه كحقيقة الاستيفاء .

تعقب بأن المستوفى صار ملكاً للمستوفي ، وله نماؤه وغنمه ، فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن .

وإلى أنه محبوس بدين ، فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه ، واعترض بمنع أن المبيع قبل القبض مضمون .

استدل الإمام مالك ومَن معه بالاستحسان ، ومعناه أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه ، وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه الإمام مالك فيضعفه قوم ، وقالوا : إنه قول بغير دليل ، ومعنى الاستحسان عند مالك أنه جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان كذلك فليس هو قولاً بغير دليل .

فكأنه جمع بين الأدلة المثبتة للضمان وبين الأدلة المثبتة لأمانة المرتهن بأن هذه فيما يخفى ، وهذه فيما يظهر .

ونوقش بأن أدلة الضمان لم تصح فلا حاجة إلى الجمع ، وعلى فرض صحتها فالجمع بأن أدلة الضمان محمولة على حالة التعدي والتفريط أولى .

قال الشافعي بعد أن ذكر صوراً بين فيها تناقض القائلين بالضمان وبأن الزيادة أمانة : أخبرني مَن أثق به عن بعض مَن نسب إلى العلم منهم أنه يقول :

لو رهن الجارية بألف ثم أدّى الألف إلى المرتهن وقبضها منه ثم دعاه بالجارية فهلكت قبل أن يدفعها إليه هلكت من مال الراهن ، وكانت الألف مسلمة للمرتهن ؛ لأنها حقه ، فإن كان هذا فقد صاروا إلى قولنا ، وتركوا جميع قولهم .

ورد على القائلين بأن الرهن بما فيه حين قال قائل منهم : ألا ترى أنه لما دفع الرهن يعني بشيء بعينه ففي هذا دلالة على أنه قد رضي الراهن والمرتهن بأن يكون الحق في الرهن ؟ قال الشافعي : ليس في ذلك دلالة على ما قلت ، قال : وكيف ؟ قال الشافعي : إنما الرضا بأن يتبايعاه فيكون ملكاً للمرتهن ، فيكون حينئذ رضا منهما به ، ولا يعود إلى ملك الراهن إلا بتجديد بيع منه ، وهذا في قولنا وقولكم ملك للراهن ، فأي رضا منهما وهو ملك للراهن بأن يخرج من ملك الراهن إلى ملك المرتهن ؟ فإن قلت : إنما يكون الرضا إذا هلك فإنما ينبغي أن يكون الرضا عند العقدة والدفع ، فالعقدة والدفع كانا والمرهون ملك للراهن ، ولا يتحول حكمه عما دفع به ؛ لأن الحكم عندنا وعندك في كل أمر فيه عقدة إنما هو على العقدة .

ولعلي أكون بعد ما قدمت منصفاً إذا رجحت رأي القائلين إنه أمانة عند المرتهن ، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين ، والله أعلم بالصواب .

(١) مغني الحنابلة ص ٤/٤٤٢ ، محلى ابن حزم ص ٨/٩٦ ، فتح القدير ص ١٠/١٣٨ .
(٢) محلى لابن حزم ص ٨/٩٦ ، بداية المجتهد ص ٢/٢٣٩ ، مبسوط ص ٢١/٦٤ .
(٣) مبسوط ص ٢١/٦٦ ، بداية المجتهد ص ٢/٢٣٩ ، المحلى لابن حزم ص ٩٦ ، ٩٧ جـ ٨ منتقى الباجي ٥/٤٤٤ الخرشي ٥/٢٥٦ .

وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَبِيعاً لَهُ عِنْدَ الحُلُولِ فَسَدَ ، وَهُوَ قَبْلَ المَحِلِّ أَمَانَةٌ ، وَيُصَدَّقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ، وَلاَ يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ، وَلَوْ وَطِىءَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلاَ شُبْهَةٍ فَزَانٍ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلاَّ أَنْ يَقْرُبَ إِسْلاَمُهُ أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ ،

فللمالك تضمينه ، وإن كان القرار على المتعدّي مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة ، ولو قيل في هذه القاعدة : كل عين لا تعدّي فيها وكانت مضمونة بعقد صحيح كانت مضمونة بفاسد ذلك العقد وما لا فلا يرد كما قال شيخي وغيره شيء من هذه المستثنيات . ومن فروع هذه القاعدة ما ذكره بقوله **(ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول فسد)** أي الرهن لتأقيته والبيع لتعليقه **(وهو)** أي المرهون في هذه الصورة **(قبل المحل)** بكسر الحاء أي وقت الحلول **(أمانة)** ؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد ، واستثنى الزركشي ما إذا لم يمضِ بعد زمن الحلول زمن يتأتى فيه القبض وتلف فلا ضمان ، ومن ذلك ما لو رهنه أرضاً وأذن له في غرسها بعد شهر فهي قبل الغرس أمانة بحكم الرهن وبعده عارية مضمونة بحكم العارية .

تنبيه : قد تتناول عبارة المصنف ما لو علق ذلك على عدم القضاء فقال : رهنتك وإذا لم أقضك عند الحلول فهو مبيع منك ولا شك في فساد البيع في هذه الصورة . وأما الرهن فالظاهر كما قال السبكي صحته وكلام الروياني يقتضيه ، وكذا إذا لم يأتِ بذلك على سبيل الشرط بل رهنه رهناً صحيحاً وأقبضه ثم قال له : إذا حلّ الأجل فهو مبيع منك بكذا فقبل فالبيع باطل والرهن صحيح بحاله **(ويصدق المرتهن في دعوى التلف بيمينه)** إذا لم يذكر سببه ، فإن ذكره ففيه التفصيل الآتي في الوديعة ، والمقصود من هذه المسألة هو عدم الضمان ولم يصرّح به المصنف وإلا فالمتعدّي كالغاصب يصدق بيمينه في ذلك **(ولا يصدق في)** دعوى **(الردّ)** على الراهن **(عند الأكثرين)** ؛ لأنه قبضه لغرض نفسه كالمستعير كما أن المستأجر لا يصدق في دعوى الردّ على المؤجر لذلك ويصدّق عند غيرهم بيمينه كالمودع .

ضابط : كل أمين ادّعى الردّ على مَن ائتمنه يصدق بيمينه إلا المرتهن والمستأجر **(ولو وطىء المرتهن المرهونة)** من غير إذن الراهن **(بلا شبهة)** منه **(فزان)** فعليه الحدّ ، ويجب المهر إن أكرهها ، بخلاف ما إذا طاوعته **(ولا يقبل قوله جهلت تحريمه)** أي الوطء **(إلا أن يقرب عهده بالإسلام ، أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء)** فيقبل قوله لدفع الحدّ ؛ لأنه قد

وَإِنْ وَطِىءَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الأَصَحِّ فَلاَ حَدَّ ، وَيَجِبُ المَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ ،وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ ، وَلَوْ أَتْلَفَ المَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْناً ،

يخفى عليه بخلاف غيره ويجب المهر . ويشبه أن يكون الحكم كذلك فيما لو كانت المرهونة لأبيه أو أمه وادّعى جهل تحريمها عليه كما نصّ عليه الشافعي في الأم ، واحترز بقوله : بلا شبهة عما إذا ظنها زوجته أو أمته فإنه لا حدّ عليه ويجب المهر . قال الأذرعي : إن أراد الأئمة بقرب الإسلام مَن قدم من دار الحرب ونحوها فذاك . وأما مخالطونا من أهل الذمة فلا ينقدح فرق بينهم وبين الأغبياء من عوامنا ، فإما أن يصدّقوا أو لا اهـ والظاهر إطلاق كلام الأصحاب ، والمراد جهل تحريم وطء المرهونة كأن قال : ظننت أن الارتهان يبيح الوطء وإلا فكدعوى جهل تحريم الزنا . قال الشارح : وقوله فزان : أي فهو زان كما في المحرّر جواب لو بمعنى إن مجرّدة عن زمان انتهى وهو جواب عما يقال لو نفسها لا تجاب بالفاء أجاب بأنهم أجروها مجرى إن ، وقال : مجرّدة عن الزمان ؛ لأنها تقتضي الاستقبال ، وقال : فهو زان ؛ لأن جوابها لا يكون إلا جملة **(وإن وطىء بإذن الراهن)** المالك لها **(قبل دعواه جهل التحريم)** للوطء مطلقاً **(في الأصح)** ؛ لأن التحريم بعد الإذن لما خفي على عطاء مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاؤه على العوام ، والثاني : لا يقبل لبعد ما يدّعيه إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو ينشأ بعيداً عن العلماء ، وإذا قبل قوله في ذلك **(فلا حدّ)** عليه ، وأفهم كلامهم أنه لو لم يدّع الجهل أنه يحدّ وهو كذلك **(ويجب المهر إن أكرهها)** أو جهلت التحريم كأعجمية لا تعقل **(والولد حرّ نسيب)** في هذه الصورة وفي صورة انتفاء الحدّ السابقتين لأن الشبهة كما تدرأ الحدّ تثبت النسب والحريّة **(وعليه قيمته للراهن)** لتفويته الرق عليه . قال الزركشي : وينبغي أن يستثنى منه ما لو كان يعتق على الراهن كما سيأتي في نكاح الأمة ، وإذا ملك المرتهن هذه الأمة لم تصر أمّ ولد له ؛ لأنها علقت به في غير ملكه . نعم لو كان أباً للراهن صارت أم ولد له بالإيلاد كما هو معلوم في النكاح ، ولو ادّعى بعد الوطء أنه كان ملكها فنكل الراهن وحلف فالولد رقيق كأمه ، فإن نكل الراهن فحلف المرتهن أو ملكها صارت أم ولدٍ له ، والولد حرّ لإقراره كما لو أقر بحريّة عبد غيره ثم ملكه **(ولو أتلف المرهون وقبض بدله)** أو لم يقبض كما في زيادة الروضة **(صار رهناً)** لقيامه مقامه ويجعل في يد مَن كان الأصل في يده ولا يحتاج إلى إنشاء رهن ، بخلاف بدل الموقوف إذا أتلف فإن الأصحّ أنه لا بدّ من إنشاء الوقف فيه ، والفرق أن القيمة يصح أن

وَالخَصْمُ في الْبَـدَلِ الرَّاهِنُ ، فَـإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ المُرْتَهِنُ فِي الأَصَـحِّ ، فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ اقْتَصَّ الـرَّاهِنُ وَفَاتَ الـرَّهْنُ ، فَإِنْ وَجَبَ المَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ خَـطَإٍ لَمْ يَصِحَّ عَفْـوُهُ عَنْهُ

تكون رهناً ، ولا يصح أن تكون وقفاً ، ولا يضرّ كونه ديناً قبل قبضه في الثانية ، وإن اقتضى كلام المصنف خلافه ؛ لأن الدين إنما يمتنع رهنـه ابتداء كمـا مرت الإشـارة إليه عنـد شرط المرهون كونه عيناً (**والخصم في البدل**) المالك (**الراهن**) أو المعير للمرهون ؛ لأنـه المالـك للرقبـة والمنفعة (**فـإن لم يخاصم لم يخـاصم المرتهن في الأصـح**) وإن تعلق حقـه بمـا في الذمة ؛ لأنه غير مالك وله إذا خاصم المالك حضور خصومته لتعلق حقه بالبدل ، والثـاني : يخاصم ؛ لأن حقه تعلق بما في الذمة ، ويجري الخلاف فيما لو غصب المرهـون ، ومحل الخلاف إذا تمكن المالـك من المخاصمـة . أما لـو باع المـالك العين المـرهونـة فللمرتهن المخـاصمة جـزماً كمـا أفتى به البلقيني واستـظهـره ابن شهبـة (**فلو**) جنى رقيق على الـرقيق المرهون ، و (**وجب قصاص اقتص الراهن**) منه أو عفا مجاناً (**وفات الرهن**) لفوات محله بلا بدل . هذا إذا كانت الجناية في النفس ، فإذا كانت في طرف أو نحوه فالـرهن باق بحـاله ، ولو أعرض الراهن عن القصاص والعفو بأن سكت عنهما لم يجبر على أحدهما ؛ لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أولى (**فإن وجب المال بعفـوه**) عن القصاص على مـال (**أو بجنايـة خطأ**) أو شبه عمد أو عمد يوجب مالاً لعدم المكافأة مثـلاً صار المـال مرهـوناً ولـو لم يقبض كما مـرّ (**ولم يصح عفوه**) أي الراهن عنه لتعلق حقّ المرتهن به .

تنبيـه : قول بعض المتأخرين : ثم محلّ كون ما ذكـر رهناً في الـذمة إذا كـان الجاني غير الراهن وإلا فلا يصير مرهوناً إلا بالغرم ، إذ لا فائدة في كونه مرهوناً في ذمته بخلافه في ذمة غيره ممنوع إذ فائدته أنـه يقدّم بـه على الغرمـاء ، وقول المـاوردي : ومحل مـا ذكر في الجنـاية إذا نقصت القيمـة بها ولم يـزد الأرش ، فلو لم تنقص بها كـأن قطع ذكـره وأنثياه أو نقصت بهـا ، وكان الأرش زائـداً على ما نقص منهـا فاز المـالـك بـالأرش كله في الأولى ، وبالزائد على ما ذكر في الثانية ممنوع أيضاً لأن حق المرتهن تعلق بذلك فهو كما لو زاد سعر المرهون بعد رهنه ، ولو اقتصر المصنف على قـوله : فـإن وجب المال ليشمـل ما لـو وجب المال ابتداء بجناية عمد لا قصاص فيهـا كما قـدّرته في كـلامه كـالهاشمـة أو لكون الجـاني

وَلاَ إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الجَانِي وَلاَ يَسْرِي الرَّهْنُ إلى زِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةِ كَثَمَرَةٍ وَوَلَدٍ ، فَلَوْ رَهَنَ حَامِلاً وَحَلَّ الأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا في الأَظْهَرِ ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ الْبَيْعِ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الأَظْهَرِ .

أصلاً لكان أولى (**ولا**) يصح (**إبراء المرتهن الجاني**) ؛ لأنه غير مالك ولا يسقط بإبرائه حقه من الوثيقة إلا إن أسقطه منها (**ولا يسري الرهن إلى زيادته**) أي المرهون (**المنفصلة كثمرة وولد**) وصوف ولبن وبيض ومهر جارية ؛ لأنه عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يسري إليها كالإجارة بخلاف المتصلة كسمن وكبر وتعليم فإنها تتبع الأصل لعدم تمييزها (**فلو رهن حاملاً وحل الأجلّ وهي حامل بيعت**) كذلك لأنا إن قلنا الحمل يعلم وهو الأصح فكأنه رهنهما معاً ، وإلا فقد رهنها والحمل محض صفة .

تنبيه : عبارة المحرر ، ولو رهن حاملاً ومست الحاجة إلى البيع وهي حامل بعد فتباع في الدين ، وهي أعمّ من عبارة الكتاب لشمولها البيع في جناية مثلاً (**وإن ولدته بيع معها في الأظهر**) بناء على أن الحمل يعلم فهو رهن . والثاني : لا يباع معها بناء على أن الحمل لا يعلم فهو كالحادث بعد العقد (**وإن كانت حاملاً عند البيع دون الرهن فالولد ليس برهن في الأظهر**) بناء على أنه يعلم ، والثاني : نعم بناء على مقابله فيتبع كالصفة .

تنبيه : قضية كلامه أن مقابل الأظهر أن الولد يكون مرهوناً ، وليس مراداً لأنه مفرّع على أن الحمل لا يعلم فكيف يرهن ؟ وإنما المراد أنه يباع معها كالسمن ، وعلى الأوّل يتعذر بيعها حتى تضع . قال ابن المقري تبعاً للإسنوي : إن تعلق به حق ثالث بوصية أو حجر فلس أو موت أو تعلق الدين برقبة أمه دونه كالجانية والمعارة للرهن أو نحوها ؛ وذلك لأن استثناء الحمل متعذر وتوزيع الثمن على الأم ، والحمل كذلك ؛ لأن الحمل لا تعرف قيمته . أما إذا لم يتعلق به أو بها شيء من ذلك فإن الراهن يلزم بالبيع أو بتوفية الدين ، فإذا امتنع من الوفاء من جهة أخرى أجبره الحاكم على بيعها إن لم يكن له مال غيرها . ثم إن تساوى الثمن والدين فذاك ، وإن فضل من الثمن شيء أخذه المالك ، وإن نقص طولب بالباقي ولو رهن نخلة ثم أطلعت استثني طلعها عند بيعها ولا يمنع بيعها مطلقاً بخلاف الحامل .

فصـــل

جَنَى المَرْهُونُ قُدِّمَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، فَإِنِ اقْتَصَّ أَوْ بِيعَ لَهُ بَطَلَ الرَّهْنُ ، وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ بَطَلَ ، وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْناً ،

فصـــل

إذا (**جنى المرهون**) على أجنبي جناية تتعلق برقبته (**قدم المجنيّ عليه**) على المرتهن ؛ لأنه لا حقّ له في غير الرقبة ، فلو قدم المرتهن عليه لضاع حقه . وأما المرتهن فحقه متعلق بها وبالذمة فلا يفوت بفواتها ، ولو أمره سيده بالجناية وهو مميز فلا أثر لإذنه في شيء إلا في الإثم ، أو غير مميز أو أعجمي يعتقد وجوب طاعة سيده في كل ما يأمره به والجاني هو السيد ولا يتعلق برقبة العبد قصاص ولا مال ولا يقبل قول السيد أنا أمرته بالجناية في حق المجني عليه ؛ لأنه يتضمن قطع حقه عن الرقبة ، بل يباع العبد فيها وعلى سيده قيمته لتكون رهناً مكانه لإقراره بأمره بالجناية وأمر غير السيد العبد بالجناية كالسيد فيما ذكر كما ذكروه في الجنايات ، وصرّح به الماوردي هنا (**فإن اقتص**) المستحق في النفس أو غيرها بأن أوجبت الجناية قصاصاً (**أو بيع**) المرهون كله أو بعضه (**له**) أي لحق المجني عليه بأن أوجبت الجناية مالاً أو عفا على مال (**بطل الرهن**) فيما اقتص أو بيع لفوات محله ، نعم إن وجبت قيمته كأن كان تحت يد غاصب لم يفت الرهن بل تكون قيمته رهناً مكانه ، فلو عاد المبيع إلى ملك الراهن لم يكن رهناً .

تنبيه : قد علم من اقتصاره على القصاص والبيع أنه لو سقط حق المجني عليه بعفو أو فداء لم يبطل (**وإن جنى**) المرهون (**على سيده فاقتص بطل**) الرهن في المقتص نفساً كان أو طرفاً كما صرح به في المحرر .

تنبيه : قال الإسنوي : التاء في اقتص مفتوحة والضمير يعود إلى المستحق فيشمل السيد والوارث والسلطان فيمن لا وارث له . ولا يصح ضمها ؛ لأنه لا يتعدّى إلا بمَن . وقال الشارح : بضم التاء وقدّر منه والأولى أولى لسلامتها من التقدير ، ولكن يؤيد الشارح ما يأتي في ضبط عفي من قوله (**وإن عفي على مال لم يثبت على الصحيح**) ؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مال ابتداء (**فيبقى رهناً**) كما كان . والثاني : يثبت المال ويتوصل به إلى فك الرهن ، ومحل الخلاف في غير الأمة التي استولدها السيد المعسر . أما هي فإن

وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُوناً لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَـرَ فَاقْتَصَّ بَـطَلَ الرَّهْنَـانِ ، وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ تَعَلَّقَ بِـهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ ، فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ ، وَقِيلَ يَصِيرُ رَهْناً ، فَإِنْ كَانَا مَـرْهُونَيْنِ عِنْـدَ شَخْصٍ بِـدَيْنٍ وَاحِدٍ نَقَصَتِ الـوَثِيقَةُ ،

الاستيلاد لا ينفذ في حق المرتهن ولا تباع في الجناية على السيد جزمـاً ، لأن المستولـدة لو جنت على أجنبي لا تباع بل يفديها السيد فتكون جنايتها على سيدها في الرهن كالعدم .

تنبيـه : قـولـه عفي هـو بضم العين كمـا نقـل عن خط المصنف ليشمـل عفـو السيـد والوارث لكنه معترض من جهة اصطلاحه ، فإن الخلاف في عفـو السيد وجهـان ، وفي عفو الوارث قولان فثبـوت المال في الأوّل ضعيف . والثـاني : قويّ وأتى بـالفاء لأنـه مفرع على الصحيح ، وعلى مقابله هو رهن أيضاً ، لكن يباع في الجناية ويبطل الرهن ، ولو جنى على سيده خطأ كان كالعفو ، فلو قال : وإن وجد سبب المال لكـان أشمل **(وإن قتـل)** المرهـون **(مرهوناً لسيده عند)** مرتهن **(آخر فاقتص)** السيـد منه **(بـطل الرهنـان)** لفوات محلهمـا **(وإن)** عفي على غير مال صح كما مرّ **(وإن)** عفي على مال أو **(وجب مـال)** بجنايـة خطأ أو نحـوه **(تعلق به)** أي المال **(حق مرتهن القتيل)** والمال متعلق برقبة القاتـل **(فيباع)** إن لم تـزد قيمته على الواجب بالقتـل **(وثمنه)** إن لم يـزد على الواجب **(رهن)** وإلا فقـدر الواجب منـه ؛ لأنه يصير نفسه رهناً **(وقيل يصير رهناً)** ولا يباع ؛ لأنه لا فائدة في البيع إذا كان الواجب أكثر من قيمته أو مثلها ودفع بأن حق المرتهن في ماليته لا في عينه ؛ ولأنه قد يرغب فيه بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بها ، فإن كان الواجب أقل من قيمته فعلى الأوّل يباع منه بقدر الـواجب ويبقى الباقي رهناً ، فإن تعذر بيع بعضه أو نقص به بيع الكل وصار الزائد رهناً عند مرتهن القتيل ، وعلى الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل .

تنبيـه : محل الخلاف إذا طلب الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع فأيهمـا يجاب ؟ فيـه الـوجهان . أمـا إذا طلب الراهن البيـع ومرتهن القتيـل النقل ، فـالمجاب الـراهن إذ لا حق للمـرتهن في عينه ، ولـو اتفق الراهن والمـرتهنان على أحـد الطرفين فهـو المسلوك قطعـاً أو الراهن ومرتهن القتيل على نقل القاتل أو بعضه إلى المرتهن ليكون رهناً فليس لمرتهن القاتل المنازعة وطلب البيع ؛ لأنه فائدة له في ذلك . قال الرافعي : ومقتضى التعليل بتوقع راغب أنه له ذلـك **(فإن كـانا)** أي القـاتل والمقتـول **(مرهـونين عند شخص)** أو أكثـر **(بدين واحـد نقصت الوثيقة)** بفتح النون والصاد المهملة كما لو مات أحدهما .

أَوْ بِـدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْـوَثِيقَةِ غَـرَضٌ نُقِلَتْ، وَلَـوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ بَطَلَ ، وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ

تنبيـه : لو قال عند مستحق لكان أولى ليشمل ما قدّرته إذ لا فرق في ذلك بين الواحد وغيره (**أو بدينين**) عند شخص وتعلق المال برقبة القاتل (**وفي نقل الوثيقة**) به إلى دين القتيل (**غرض**) أي فائدة للمرتهن (**نقلت**) وإلا فلا ، فلو كان أحـد الدينين حـالاً والآخر مؤجـلاً أو كان أحدهما أطول أجلاً من الآخر فللمرتهن التوثق بثمن القاتل لدين القتيل ، فإن كان حـالاً فالفائـدة استيفاؤه من ثمن القـاتل في الحـالّ أو مؤجلاً فقـد توثق ويـطالب بالحـال وإن اتفق الدينان قدراً وحلولاً وتأجيلاً وقيمة القتيل أكثر من قيمة القاتل أو مساوية لها لم تنقـل الوثيقـة لعدم الفائدة ، وإن كانت قيمـة القاتـل أكثر نقـل منه قـدر قيمة القتيـل ، وحيث قيل بـالنقل للقاتل أو بعضه فالمراد به أنه يباع ويصير ثمنه رهناً مكان القتيل لا رقبته لما مرّ ، ولو اختلف جنس الـدينين : بأن كـان أحدهمـا دنانيـر والآخر دراهم واستـويا في المـالية بحيث لـو قوّم أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص لم يؤثر خـلافاً لمـا وقع في الـوسيط من تأثيـره ، فقد قـال الشيخان : إنه مخالف لنصّ الشافعي والأصحاب كلهم ، ولا أثر لاختـلافهما في الاستقـرار وعدمه : كأن يكون أحدهما عوض مبيع قبل القبض أو صداقاً قبل الدخول والآخر بخلافه ، ولو كان بأحدهما ضامن فطلب المرتهن نقل الوثيقة من الدين الذي بالضمان إلى الآخر حتى يحصل له التوثق فيهما . أجيب كما هو قضية كلام المصنف ، واستظهره بعض المتأخرين ؛ لأنه غرض ، وقضيته أنه لو قال المرتهن : بيعوه وضعوا ثمنه مكـانه فـإني لا آمن جنايتـه مرّة أخـرى ، فتؤخذ رقبتـه فيها ويبـطل الرّهن أنـه يجاب لأنـه غرض ، وفي إجـابته وجهـان بلا ترجيح رجح الزركشي منهما المنع ، وهو الظاهر كسائـر ما يتـوقع من المفسـدات ، ثم نقل عن أبي خلف الطبري ما حاصله أنـه المذهب ، ولـو اقتصّ السيد من القـاتل فـاتت الوثيقـة (**ولو تلف المرهون بآفة**) سماوية (**بطل**) الرّهن لفواته .

تنبيـه : شمل تعبيره بـالتلف تخمر العصير ، وقضيته أنـه لو عـاد خلًّا لا يعـود رهناً ، وتقدّم أن الأصح عـوده ، وقد يـرد على تقييده بـالآفة مـا لو أذن المـرتهن للرّاهن في ضرب المرهون فضربه وتلف منه فإنه ينفسخ الرهن كما نصّ عليه في الأمّ ، وجرى عليه الأصحاب (**وينفكّ**) الرّهن (**بفسخ المرتهن**) ولو بدون الرّاهن ؛ لأن الحق له وهو جائز من جهته . نعم التـركة إذا قلنـا : إنها مـرهونـة بالـدين وهو الأصـح وأراد صاحب الـدين الفسخ لم يكن لـه

وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ ،فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ ،وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِئَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُهُ .

ذلك ؛ لأن الرّهن لمصلحة الميت فالفكّ يفوتها ، وخرج بالمرتهن الرّاهن فلا ينفكّ بفسخه للزومه من جهته (**وبالبراءة من**) جميع (**الدين**) بأيّ وجه كان ولو بحوالة المرتهن على الراهن ، ولو اعتاض عن الدين عيناً انفكّ الرّهن ، فلو تلفت أو تقايلا في المعاوضة قبل قبضها عاد المرهون رهناً (**فإن بقي شيء منه**) أي من الدين ، وإن قلّ (**لم ينفكّ شيء من الرهن**) بالإجماع كما نقله ابن المنذر ، وكحق حبس المبيع وعتق المكاتب ؛ ولأنه وثيقة لجميع أجزاء الدين ، فلو شرط كلما قضى من الحق شيء انفكّ من الرّهن بقدره فسد الرّهن لاشتراط ما ينافيه كما قاله الماوردي (**ولو رهن نصف عبد بدين ونصفه بآخر**) في صفقة أخرى (**فبرىء من أحدهما آنفكّ قسطه**) لتعدّد الصفقة بتعدّد العقد (**ولو رهناه**) بدين (**فبرىء أحدهما**) مما عليه (**انفكّ نصيبه**) لتعدّد الصفقة بتعدّد العاقد ولو اتحد وكيلهما . قال الإمام : لأن المدار على اتحاد الدين وعدمه ، ومتى تعدّد المستحق أو المستحق عليه تعدّد الدين ، بخلاف البيع ، فإن العبرة فيه بتعدّد الوكيل واتحاده ؛ لأنه عقد ضمان فنظر فيه إلى المباشر له بخلاف الرّهن ، ولو رهنه عند اثنين فبرىء من دين أحدهما انفكّ قسطه لتعدّد مستحق الدين . فإن قيل ما يأخذه أحدهما من الدين لا يختص به بل هو مشترك بينهما ، فكيف تنفكّ حصته من الرّهن بأخذه ؟ . أجيب بأن ما هنا محله إذا لم تتحد جهة دينهما ، أو إذا كانت البراءة بالإبراء لا بالأخذ ، ولو رهن عبداً استعاره من اثنين ليرهنه ثم أدّى نصف الدين وقصد فكاك نصف العبد أو أطلق ثم جعله عنه انفكّ نصفه نظراً إلى تعدّد المالك ، بخلاف ما إذا قصد الشيوع أو أطلق ثم جعله عنهما أو لم يعرف حاله .

فروع : لو رهن شخص آخر عبدين في صفقة وسلّم أحدهما له كان مرهوناً بجميع الدين كما لو سلمهما وتلف أحدهما ، ولو مات الراهن عن ورثته ففدى أحدهم نصيبه لم ينفك كما في المورث ؛ ولأن الرّهن صدر ابتداء من واحد ، وقضيته حبس كل المرهون إلى البراءة من كل الدين ، بخلاف ما لو فدى نصيبه من التركة فإنه ينفك ؛ لأن تعلق الدين بالتركة : إما كتعلق الرّهن به ، فهو كما لو تعدّد الرّاهن ، أو كتعلق الأرش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدّى أحد الشريكين نصيبه ينقطع التعلق عنه ، ولو مات المرتهن عن

فصـــل

اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ ، وَإِنْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا ، وَلَوِ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمَائَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ ، وَالْقَوْلُ فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ ،

ورثة فوفى أحدهم ما يخصه من الدين لم ينفكّ نصيبه كما قاله السبكي ،كما لو وفى مورثه بعض دينه وإن خالف في ذلك ابن الرّفعة .

فصل : في الاختلاف في الرّهن وما يتعلق به

(**اختلفا**) أي الرّاهن والمرتهن (**في**) أصل (**الرَّهن**) كأن قال : رهنتني كذا فأنكر (**أو**) في (**قدره**) أي الرهن بمعنى المرهون كأن قال رهنتني الأرض بأشجارها فقال: بل الأرض فقط ، أو في عينه : كهذا العبد ، فقال بل الجارية ، أو قدر المرهون به كمائتين ، فقال بل مائة (**صدّق الرّاهن**) أي المالك (**بيمينه**) وإن كان المرهون بيد المرتهن ؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن .

تنبيه : لو عبر بالمالك كما قدرته لكان أولى ؛ لأن الراهن قد يكون مستعيراً ، وأيضاً هو ليس براهن ، لكن قال الشارح : إطلاقه على المنكر بالنظر إلى المدعي ، وقوله (**إن كان رهن تبرّع**) أي ليس مشروطاً في بيع قيد في التصديق (**وإن شرط**) الرهن المختلف فيه بوجه مما ذكر (**في بيع تحالفا**) كما لو اختلفا في سائر كيفيات البيع .

تنبيه : شملت عبارته : ما لو اتفقا على اشتراط الرهن في البيع واختلفا في الوفاء كأن قال المرتهن : رهنت مني المشروط رهنه وهو كذا فأنكر الراهن مع أنه لا تحالف حينئذ ؛ لأنهما لم يختلفا في كيفية البيع الذي هو موقع التحالف بل يصدق الراهن بيمينه ، وللمرتهن الفسخ إن لم يرهن ، وهذه المسألة علم حكمها من قوله : في اختلاف المتبايعين اتفقا على صحة البيع واختلفا في كيفيته ، فلا يحتاج إلى ذكرها هنا (**ولو ادّعى**) على اثنين (**أنهما رهناه عبدهما بمائة**) وأقبضاه إياه (**وصدّقه أحدهما فنصيب المصدّق رهن بخمسين**) مؤاخذة له بإقراره (**والقول في نصيب الثاني قوله : بيمينه**) لما سلف (**وتقبل شهادة المصدق عليه**) أي المكذب لخلوّها عن جلب النفع ودفع الضرر عنه ، فإن شهد معه آخر أو حلف

وَلَوِ اخْتَلَفَا في قَبْضِهِ ،فَإِنْ كَانَ في يَدِالرَّاهِنِ أَوْ في يَدِ المُرْتَهِنِ ، وَقَالَ الرَّاهِنُ غَصَبْتُهُ صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ ، وَكَذَا إِنْ قَالَ أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَى في الأَصَحِّ ، ولَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ فَلَهُ تَحْلِيفُهُ ، وَقِيلَ لاَ يُحَلِّفُهُ إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ لإِقْرَارِهِ تَأْوِيلاً كَقَوْلِهِ أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ ،

المدعي معه ثبت رهن الجميع ، ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه وأن شريكه رهن أو سكت عن شريكه وشهد عليه قبلت شهادته فربما نسي ، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق ، ولهذا لو تخاصم اثنان في شيء ثم شهدا في حادثة قبلت شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في التخاصم . فإن قيل ما ذكر من أن الكذبة الواحدة غير مفسقة ، محله عند عدم انضمام غيرها إليها كجحد حق واجب ، وهذا بتقدير تعمده يكون جاحداً لحق واجب عليه فيفسق بذلك . أجيب بأن شرط كون الجحد مفسقاً أن يفوت المالية على الغير ، وهنا لم يفوّت إلا حق الوثيقة . فإن قيل محلّ ذلك إذا لم يصرّح المدعي بظلمهما بالإنكار بلا تأويل وإلا فلا تقبل شهادتهما ؛ لأنه ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما . أجيب بمنع أنه بذلك ظهر منه هذا ، إذ ليس كل ظلم خال عن تأويل مفسقاً بدليل الغيبة ، ولو ادّعيا على واحد أنه رهنهما عبده وأقبضه لهما وصدق أحدهما قبلت شهادة المصدق للمكذب إن لم يكن شريكه فيه ، وسيأتي بيان ذلك في الشهادات إن شاء الله تعالى مبسوطاً **(ولو اختلفا)** أي الرّاهن والمرتهن **(في قبضه)** أي المرهون **(فإن كان في يد الرّاهن أو في يد المرتهن وقال الراهن : غصبته صدق الرّاهن بيمينه)** ؛ لأن الأصل عدم لزوم الرّهن وعدم إذنه في القبض **(وكذا إن قال : أقبضته عن جهة أخرى)** كإجارة أو إيداع يصدّق بيمينه **(في الأصحّ)** المنصوص ؛ لأن الأصل عدم إذنه في القبض عن الرّهن . والثاني : يصدق المرتهن لاتفاقهما على قبض مأذون فيه والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى ، وهو خلاف الظاهر لتقدم العقد المحوج إلى القبض ، ولو اتّفقا على الإذن في القبض وتنازعا في قبض المرتهن فالمصدق من المرهون في يده **(ولو أقرّ)** الراهن **(بقبضه)** أي المرتهن المرهون **(ثم قال : لم يكن إقراري عن حقيقة فله تحليفه)** أي المرتهن أنه قبض المرهون **(وقيل لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً كقوله : أشهدت على رسم القبالة)** قبل حقيقة القبض ، والرسم الكتابة ، والقبالة بفتح القاف والباء الموحدة الورقة التي يكتب فيها الحق المقرّ به : أي أشهدت على الكتابة الواقعة في الوثيقة لكي آخذ بعد ذلك أو ظننت حصول القبض بالقول أو ألقي إليّ كتاب على لسان وكيلي أنه أقبض ثم خرج مزوّراً ؛ لأنه إذا لم يذكر تأويلاً

وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا جَنَى الْمَرْهُونُ وَأَنْكَرَ الآخَرُ صُدِّقَ الْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ ، وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَالأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ يَغْرَمُ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ ،

يكون مناقضاً بقوله لإقراره ، وأجاب الأوّل بأنا نعلم أن الوثائق في الغالب يشهد عليها قبل تحقق ما فيها ، فأيّ حاجة إلى تلفظه بذلك ، وكان ينبغي أن يقول المصنف : ولو أقرّ بإقباضه ؛ لأن به يلزم الرّهن .

تنبيه : قضية كلامه أنه لا فرق بين أن يكون الإقرار في مجلس الحكم بعد الدعوى أم لا وهو كذلك كما هو مقتضى كلام العراقيين ، وجزم به ابن المقري ، وإن قال القفال : إنه ليس له التحليف إذا كان الإقرار في مجلس الحكم ، وإنما يعتبر إقرار الراهن بالإقباض إذا أمكن ، فلو كان بمكة مثلاً فقال : رهنته اليوم داري بالشام وأقبضته إياها وهما بمكة فهو لغو نصّ عليه . قال القاضي أبو الطيب : وهذا يدلّ على أنه لا يحكم بما يمكن من كرامات الأولياء : أي : لأن هذه الأمور لا يعوّل عليها في الشرع **(ولو قال أحدهما)** أي الراهن أو المرتهن **(جنى المرهون)** بعد القبض **(وأنكر الآخر صدّق المنكر بيمينه)** ؛ لأن الأصل عدم الجناية وبقاء الرهن ، وإذا بيع في الدين فلا شيء للمقرّ له على الراهن بإقراره ، ولا يلزم تسليم الثمن إلى المرتهن المقرّ لإقراره **(ولو قال الراهن)** بعد القبض **(جنى قبل القبض)** المرهون ، سواء أقال جنى بعد الرهن أم قبله وأنكر المرتهن **(فالأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره)** الجناية صيانة لحقه فيحلف على نفي العلم ؛ لأن الراهن قد يواطىء مدعي الجناية لغرض إبطال الرهن ، والثاني : يصدق الراهن ؛ لأنه أقرّ في ملكه بما يضرّه .

تنبيه : محلّ القولين إذا عين المجني عليه وصدقه وادّعاه وإلا فالرّهن باق بحاله قطعاً ، ودعوى الراهن زوال الملك كدعواه الجناية **(والأصح أنه إذا حلف)** المرتهن **(غرم الراهن للمجني عليه)** ؛ لأنه حال بينه وبين حقه فهو كما لو قتله ، والثاني : لا يغرم ؛ لأنه أقرّ بما لا يقبل إقراره به فكأنه لم يقرّ .

تنبيه : كان الأولى التعبير بالأظهر كما في الشرحين والروضة فإن الخلاف قولان ، وهما القولان المشهوران في الغرم للحيلولة ، وقوله **(وأنه يغرم الأقل من قيمة العبد وأرش الجناية)** كجناية أمّ الولد لامتناع البيع يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو طريقان : أصحهما القطع بذلك . والثانية : قولان كما في فداء العبد الجاني ، أظهرهما بالأقل من قيمته وأرش

وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ المُرْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى المجْنِيِّ عَلَيْهِ لاَ عَلَى الرَّاهِنِ ، فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ ،وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ المَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الإِذْنِ وَقَالَ رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَقَالَ الرَّاهِنُ بَعْدَهُ فَالأَصَحُّ تَصْدِيقُ المرْتَهِنِ،وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدى أَلْفاً وَقَالَ أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ،وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ،وَقِيلَ يُقَسَّطُ .

الجناية . وثانيهما : الأرش بالغاً ما بلغ ، فكان ينبغي التعبير بالمذهب ، وقوله **(وأنه لو نكل المرتهن ردّت اليمين على المجني عليه)** ؛ لأن الحق له **(لا على الراهن)** ؛ لأنه لم يدّع لنفسه شيئاً يقتضي أيضاً أنهما وجهان ، والأصح أن الخلاف قولان : أصحهما ما مر . والثاني : تردّ على الراهن ؛ لأنه المالك والخصومة تجري بينه وبين المرتهن **(فإذا حلف)** المردود عليه منهما **(بيع)** العبد **(في الجناية)** إن استغرقت الجناية قيمته ، وإلا بيع منه بقدرها ، ولا يكون الباقي رهناً لثبوت الجناية باليمين المردودة ، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه ؛ لأنه الذي فوّته بنكوله **(ولو أذن)** المرتهن **(في بيع المرهون فبيع)** وقال رجعت عن الإذن وأنكر الراهن رجوعه ،فالقول قول الراهن بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الرجوع **(و)** لو **(رجع عن الإذن وقال)** بعد البيع **(رجعت قبل البيع وقال الراهن)** : بل **(بعده فالأصحّ تصديق المرتهن)** بيمينه ؛ لأن الأصل عدم البيع والرّجوع في الوقت المدعى إيقاع كلّ منهما فيه ، فيتعارضان فيه ويبقى الرهن . والثاني : يصدق الراهن ؛ لأنه أعرف بوقت بيعه وقد سلم له المرتهن الإذن ، والثالث : قول السابق منهما ، وهو الصحيح في نظيره من الرجعة ، وفي اختلاف الوكيل والموكل في أن العزل قبل البيع أو بعده **(ومَن عليه ألفان)** مثلاً **(بأحدهما رهن)** أو كفيل أو هو ثمن مبيع محبوس به والآخر خال عن ذلك **(فأدّى ألفاً وقال أدّيته عن ألف الرهن)** أو نحوه مما ذكر **(صدّق بيمينه)** ؛ لأنه أعلم بقصده وكيفية أدائه ، سواء اختلفا في نيته أم لفظه ، فالعبرة في جهة الأداء بقصد المؤدّي حتى يبرأ بقصده الوفاء ويملكه المديون وإن ظنّ الدائن إيداعه ، وكما أن العبرة في ذلك بقصده فكذا الخيرة فيه إليه ابتداء إلا فيما إذا كان على المكاتب دين معاملة ، فإذا أراد الأداء عن دين الكتابة والسيد الأداء عن دين المعاملة ، فيجاب السيد كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب الكتابة ، وتفارق غيرها مما ذكر بأن دين الكتابة فيها معرض للسقوط بخلاف غيرها ، وإنما اعتبر قصد المكاتب عند عدم التعرض للجهة لتقصير السيد بعدم التعيين ابتداء **(وإن لم ينوِ)** حال الدفع **(شيئاً جعله عما شاء)** منهما كما في زكاة المالين الحاضر والغائب **(وقيل يقسط)**

فصـــل

مَنْ مَـاتَ وَعَلَيْـهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَـرِكَتِـهِ تَعَلُّقَـهُ بِـالمَـرْهُـونِ ، وَفِي قَـوْلٍ كَتَعَلُّقِ الأَرْشِ بِـالجَانِي ، فَعَلَى الأَظْهَـرِ يَسْتَوِي الـدَّيْنُ المُسْتَغْرِقُ وَغَيْـرُهُ فِي الأَصَـحِّ ،

عليهمـا لعدم أولـوية أحـدهما على الآخـر ، والتقسيط قيل على قـدر الدينين كمـا جـزم بـه الإمـام ، وقيل بـالتسويـة كما جـزم به صـاحب البيان وغيـره ، وهو أوجـه كما رجحـه بعض المتأخرين فيما لو دفع المال عنهما فإنه يقسط عليهما ، ولو مات قبل التعيين قام وارثه مقامه كمـا أفتى به السبكي فيمـا إذا كان بـأحدهمـا كفيل . قـال : فـإن تعـذر ذلـك جعله بينهمـا نصفين ، وإذا عين فهـل ينفكّ الـرّهن من وقت اللفظ أو التعيين ؟ يشبـه أن يكـون كمـا في الطلاق المبهم ، ولو تبايع مشركان درهماً بدرهمين وسلم من التزم الزيادة درهماً ثم أسلما ، فإن قصد بتسليمه الزيادة لزمه برىء ولا شيء عليه ، وإن قصدهما وزع عليهما وسقط بـاقي الزيادة ولو لم يقصد الأصل وإن قصد الأصل شيئاً عينه لما شاء منهما .

فصـل : في تعلق الدين بالتركة

(**مَن مـات وعليه دين تعلق بتـركته**) المنتقلة إلى الـوارث مع وجـود الدين كمـا سيأتي (**تعلقه بالمرهون**) ؛ لأنه أحوط للميت ، إذ يمتنع على هذا تصرّف الوارث فيه جزماً بخلاف إلحاقه بالجناية فإنه يأتي فيه الخلاف في البيع . واغتفر هنا جهالة المرهون به لكونه من جهة الشرع (**وفي قول كتعلق الأرش بالجاني**) ؛ لأنه ثبت من غير اختيار المالـك ، وقيل كحجـر الفلس واختاره في المطلب وهو قول الفوراني والإمام للتسوية بينه وبين الموت في قـوله ﷺ «مَنْ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»[1] ومحل الخلاف إذا لم تكن التركة مرهـونة رهنـاً اختياريـاً فإن كـان لم تتعلق الديون المرسلة في الذمة بالتركة .

تنبيـه : قضية كلامه أن الدين لو كان أكثر من قدر التركة فوفى الوارث قدرها فقط أنها لا تنفك من الرهنية ولا سيما قوله بعد : ويستوي الـدين المستغرق وغيـره وليس مراداً ، بـل الأصح أنها تنفك (**فعلى**) الأوّل (**الأظهر يستوي الدين المستغرق وغيره**) في رهن التركة فـلا ينفذ تصرّف الوارث في شيء منها (**في الأصـح**) كالمـرهون . والثـاني : إن كان الـدين أقلّ

---

(١) أخـرجه الشـافعي في المسند ٢/١٦٣ (٥٦٤) وأبـو داود ٣/٧٩٣ (٣٥٢٣) وابن مـاجـه ٢/٧٩٠ (٢٣٦٠) والحاكم ٢/٥٠ .

وَلَـوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَـاهِرٌ فَـظَهَرَ دَيْنٌ بِـرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ فَـالأَصَحُّ أَنَّـهُ لَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَـرُّفِهِ لٰكِنْ إِنْ لَمْ يَقْضِ الـدَّيْنَ فَسَخَ ،

تعلق بقدره من التركة ولا يتعلق بجميعها ؛ لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد .

تنبيـه : مقتضى كلامه كـالرافعي في كتبـه أن هذا الخـلاف لا يتأتى على القـول بأنـه كتعلق الجناية ، لكن حكي في المطلب الخلاف عليه . قال الإسنوي : فالصـواب أن يقول فعلى القـولين . وأجاب الشـارح عن ذلك بـأنهم رجحوا في تعلق الـزكاة على القـول بأنهـا تتعلق بالمال تعلق الأرش برقبة العبد الجاني أنهـا تتعلق بقدرهـا منه ، وقيـل بجميعه ويـأتي ترجيحه هنا فيخالف المـرجح على الأرش للمـرجح على الـرهن ، فقولـه فعلى الأظهر الـخ صحيـح انتهى لكن الزكـاة تخالف مـا هنا ؛ لأن مبنـاهـا على المسـاهلة فمـا قـالـه الشـارح بحسب مـا فهمـه ، والأولى أن يجـاب كمـا قـال شيخي بـأن الخـلاف على الأوّل أقـوى ، ويستثنى من إلحاقه بالرهن ما لو أدّى وارثه قسط ما ورث فإنه ينفك نصيبه بخلاف ما لو رهن ثم مات لا ينفك إلا بوفاء جميع الدين وتقدّم الفرق بينهما **(ولو تصـرّف الوارث ولا دين)** لا **(ظاهر)** ولا خفيّ **(فظهر دين)** أي طرأ ولو عبر به لكـان أولى ؛ لأن ما يجب بـالردّ الآتي في عبارته لم يكن خفياً ثم ظهر بل لم يكن ثم كان كما يفهم مما قدّرته في كـلامه ، لكن سببـه متقدّم ، وقولـه **(بردّ)** أولى منـه كردّ **(مبيـع بعيب)** أتلف البائـع ثمنه ليشمـل ما لـو حفر بئـراً عدواناً في حياته ومات ثم تردّى فيها شخص وليس له عـاقلة ، وقولـه ولا دين احترز بـه عما إذا كـان الدين مقـارناً وعلم بـه فالتصـرّف باطـل ، وكـذا إن جهله كمـا في زيـادة الـروضـة **(فالأصح أنه لا يتبين فساد تصرّفه)** ؛ لأنه كان سائغاً لـه في الظاهـر . والثاني : يتبين فسـاده إلحاقاً لما ظهر من الدين بالدين المقارن لتقدّم سببه .

تنبيـه : محل الخلاف إذا كان البائع موسراً وإلا لم ينفذ البيع جزماً **(لكن)** على الأوّل **(إن لم يقض الدين فسخ)** تصرّفه ليصل المستحق إلى حقه .

تنبيـه: قـولـه : إن لم يقض . قـال في الـدقـائق بضم اليـاء ليعمّ قضـاء الـوارث والأجنبي اهـ وأولى منه إن لم يسقط الدين ؛ لأنه يعمّ القضاء والإبراء وغيرهما .

تنبيـه : قد يقتضي كلامه أن الوارث الموسر لو أعتق عبد التـركة ولم يقضِ الـدين أنه يفسخ وليس مراداً بل نفوذه أولى من نفوذ عتق الراهن الموسر ؛ لأن التعلق هنـا طارىء على

وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ،وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الإِرْثَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَكَسْبٍ وَنِتَاجٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

التصرّف فينفذ عتقه واستيلاده وعليه الأقلّ من الدين وقيمة الرقيق **(ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله)** ؛ لأنه خليفة المورث والمورث كان له ذلك ، لكن لو أوصى بدفع عين إليه عوضاً عن دينه ، أو على أن تباع ويوفى دينه من ثمنها عمل بوصيته ، وليس للوارث إمساكها والقضاء من غيرها ؛ لأن تلك العين قد تكون أطيب كما قالاه في باب الوصية ، ولو كان الدين أكثر من التركة فقال الوارث آخذها بقيمتها وأراد الغرماء بيعها لتوقع زيادة راغب . أجيب الوارث ؛ لأن الظاهر ؛ أنها لا تزيد على القيمة ، وللناس غرض في إخفاء تركات مورثهم عن شهرتها للبيع ، فإن طلبت بزيادة لم يأخذها الوارث بقيمتها كما صرّح به ابن المقري . قال الزركشي : ومحل كون ذلك للوارث إذا لم يتعلق الدين بعين التركة ، فإن تعلق لم يكن له ذلك فليس للوارث إمساك كل مال القراض وإلزام العامل أخذ نصيبه منه من غيره كما نقله في الكفاية عن البحر **(والصحيح)** وحكي عن النص **(أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث)** ؛ لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون والمجني عليه بالجاني ، وذلك لا يمنع الإرث فكذا هذا . والثاني : يمنع لقوله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[النساء:١٢] أي من بعد إعطاء وصية أو إيفاء دين إن كان حيث قدّم الدين على الميراث . وأجيب بأن تقديمه عليه لقسمة لا يقتضي أن يكون مانعاً منه ، وإذا كان الدين لا يمنع الإرث **(فلا يتعلق بزوائد التركة ككسب ونتاج)** ؛ لأنها حدثت في ملك الوارث . أما على المنع فيتعلق بها تبعاً لأصلها .

خاتمة : قال السبكي رحمه الله تعالى : قد غلط جماعة من المفتين في زماننا في فرع ، وهو إذا كان الدين على الميت للوارث فظنوا أنه يسقط منه بقدر إرثه حتى إذا كان حائزاً سقط الجميع ، والصواب أنه يسقط ما يلزمه أداؤه منه لو كان لأجنبي وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساوياً للتركة أو أقلّ ، وما يلزم الوارث أداؤه إن كان أكثر . ويستقرّ له نظيره في الميراث ويقدر أنه أخذ منه ثم أعيد إليه عن الدين ، وهذا سبب سقوطه وبراءة ذمة الميت منه ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه على قدر حصصهم ، وقد يفضي الأمر إلى التقاصّ إن كان الدين لوارثين .

كِتَابُ ٱلتَّفْلِيسِ

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ وَلاَ حَجْرَ بِالْمُؤَجَّلِ ،

كِتَابُ ٱلتَّفْلِيسِ

هو لغة النداء على المفلس وشهرته بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخسّ الأموال . وشرعاً جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرّف في ماله . والأصل فيه ما رواه الدارقطني وصحح الحاكم إسناده أن النبيّ ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه ، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبيّ ﷺ : «لَيْسَ لَكُمْ إلَّا ذَلِكَ»(١) . والمفلس في العرف مَن لا مال له ، وفي الشرع مَن لا يفي ماله بدينه كما قال ذاكراً لحكمه (**مَن عليه ديون**) لآدميّ لازمة (**حالة زائدة على ماله يحجر عليه**) وجوباً في ماله إن آستقلّ ، أو على وليه في مال موليه إن لم يستقلّ (**بسؤال الغرماء**) ولو بنوّابهم كأوليائهم ؛ لأن الحجر لحقهم . وفي النهاية أن الحجر كان على معاذ بسؤال الغرماء ، فلا حجر بدين الله تعالى وإن كان فورياً كما قاله الإسنوي خلافاً لما بحثه بعض المتأخرين ، ولا بدين غير لازم كنجوم كتابة لتمكن المدين من إسقاطه (**ولا حجر بالمؤجل**) ؛ لأنه لا يطالب به في الحال .

تنبيه : لا يخفى أن لفظ الديون لا مفهوم له ، فإن الدين الواحد إذا زاد على المال كان كذلك ، وكذا قوله الغرماء ، ولا بدّ من تقييد الدين باللازم كما قدّرته في كلامه ليخرج دين الكتابة كما مرّ وما ألحق به من ديون المعاملة التي على المكاتب لسيده ، وقضية كلامه أنه لا حجر عليه إذا لم يكن له مال ، وتوقف فيه الرافعي فقال : يجوز منعاً له من التصرّف فيما عسى أن يحدث باصطياد ونحوه كما قاله ابن الرفعة مخالف للنص والقياس ، إذ ما

---

(١) وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٤/٣٦ والدارقطني ٤/٢٣٠ والحاكم ٢/٥٨ والبيهقي ٦/٤٨ .

وَإِذَا حُجِرَ بِحَـالٍّ لَمْ يَحِلَّ المُـؤَجَّلُ فِي الأَظْهَـرِ ، وَلَوْ كَـانَتِ الدُّيُـونُ بِقَدْرِ المَالِ فَإِنْ كانَ كَسُوباً يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجْرَ ،

يحدث له إنما يحجر عليه فيه تبعاً للموجود ، وما جاز تبعاً لا يجوز قصداً ، ولا يحجر على المفلس إلا الحاكم ؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد . وأما أصل الحجر فلأن فيه مصلحة للغرماء ، فقد يختص بعضهم بالوفاء فيضرّ الباقين ، وقد يتصرّف فيه فيضيع حق الجميع . قال ابن الرفعة : وهل يكفي في لفظ الحجر منع التصرّف ، أو يعتبر أن يقول حجرت بالفلس إذ منع التصرّف من أحكام الحجر فلا يقع به الحجر ؟ وجهان أوجههما كما قال شيخي الأوّل . قال في الروضة : ويجب على الحاكم الحجر إذا وجدت شروطه : أي سواء أكان بسؤال الغرماء أو المفلس . قال : وقول كثير من أصحابنا فللقاضي الحجر ليس مرادهم أنه مخير فيه : أي بل إنه جاز بعد امتناعه قبل الإفلاس وهو صادق بالواجب . وقول السبكي : هذا ظاهر إذا تعذر البيع حالاً ، وإلا فينبغي عدم وجوبه ؛ لأنه ضرر بلا فائدة ممنوع كما قاله شيخنا ، بل له فوائد منها المنع من التصرّف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه ، والمراد بماله ماله العيني المتمكن من الأداء منه . أما ما لا يتمكن من الأداء منه كمغصوب وغائب فغير معتبر . وأما المنافع فإن كان متمكناً من تحصيل أجرتها اعتبرت كما قاله بعض المتأخرين وإلا فلا . وأما الدين فإن كان حالاً على مليء مقرّ أي أو عليه بينة اعتبر كما قاله الإسنوي وإلا فلا . قال ابن الرفعة : ولو كان المال مرهوناً لم أرَ فيه نقلاً ، والفقه منع الحجر إذ لا فائدة فيه وردّ بأن له فوائد منها المنع من صحة التصرف بإذن المرتهن **(وإذا حجر بحالّ لم يحلّ المؤجل في الأظهر)** وفي الروضة المشهور ، لأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه . والثاني : يحل ؛ لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فسقط الأجل كالموت ، وفرّق الأوّل بخراب الذمة بالموت ، ولو جنّ المديون لم يحلّ دينه كما صححه المصنف في تنقيحه ، وما وقع في أصل الروضة من تصحيح الحلول به نسب فيه إلى السهو ، ولا يحل إلا بالموت أو الردّة المتصلة به أو استرقاق الحربي كما جزم به الرافعي في كتاب الكتابة في الحكم الثاني منها ، ونقله عن النص **(ولو كانت الديون بقدر المال فإن كان كسوباً ينفق من كسبه فلا حجر)** لعدم الحاجة إليه بل يلزمه الحاكم بقضاء الديون ، فإن امتنع باع عليه أو أكرهه عليه . قال الإسنوي : فإن التمس الغرماء الحجر عليه : أي عند الامتناع حجر في أظهر الوجهين وإن زاد ماله على دينه اهـ وهذا يسمى

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ ، وَلاَ يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حَجَرَ ، وَإِلاَّ فَلاَ ، وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الأَصَحِّ ، فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ ،

الحجر الغريب فليس مما نحن فيه **(وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله فكذا)** لا حجر عليه **(في الأصح)** لتمكنهم من المطالبة في الحال . والثاني : يحجر عليه كيلا يضيع ماله في النفقة ودفع بما ذكر ، وهذا محترز قوله زائدة على ماله **(ولا يحجر بغير طلب)** من الغرماء ولو بنوّابهم ؛ لأنه لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم ، فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليه فللحاكم الحجر من غير سؤال ؛ لأنه ناظر في مصلحته ، وهذا محترز قوله بسؤال الغرماء .

تنبيه : اقتضى كلامه أنه لا يحجر لدين الغائب وهو كذلك إذ ليس للحاكم استيفاء مال الغياب من الذمم وإنما له حفظ أعيان أموالهم ، ومحله كما قال الفارقي إذا كان المديون ثقة مليئاً وإلا لزم الحاكم قبضه قطعاً . قال الإسنوي : وكلام الشافعي في الأمّ يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم **(فلو طلب بعضهم)** الحجر **(ودينه قدر يحجر به)** بأن زاد على ماله **(حجر)** لوجود شرط الحجر ، ثم لا يختص أثر الحجر بالملتمس بل يعمهم **(وإلا)** بأن لم يزد الدين على ماله **(فلا)** حجر ؛ لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجر ، وقيل : المعتبر أن يزيد دين الجميع على ماله لا الملتمس فقط ، وجرى عليه ابن المقري لقول المصنف في زيادة الروضة : وهو قوي **(ويحجر بطلب المفلس)** ولو بوكيله **(في الأصح)** ؛ لأن له فيه غرضاً ظاهراً وهو صرف ماله إلى ديونه . وروي أن الحجر على معاذ كان بالتماس منه قاله الرافعي . قال السبكي : وصورته أنه يثبت الدين بدعوى الغرماء والبينة أو الإقرار أو علم القاضي ، وطلب المديون الحجر دون الغرماء ، وإلا لم يكن له طلبه ، والثاني : لا يحجر ؛ لأن الحق لهم في ذلك والحجر ينافي الحريّة والرشد ، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة فإنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع ، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمها على غرمائه ، وتقدّم أن الحجر واجب بسؤاله كسؤال الغرماء ، فالخلاف في الوجوب لا في الجواز خلافاً لبعض المتأخرين **(فإذا حجر)** عليه بطلب أو بدونه **(تعلق حق الغرماء بماله)** كالرهن عيناً كان أو ديناً أو منفعة حتى لا ينفذ تصرّفه فيه بما يضرّهم ولا

وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحْذَرَ ، وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ فَضَلَ ذٰلِكَ عَنِ الدَّيْنِ نَفَذَ وَإِلَّا لَغَا، وَالأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الأَصَحِّ ،

تزاحمهم فيه الديون الحادثة ، وشمل كلامهم الدين المؤجل حتى لا يصح الإبراء منه ، وإن قال الإسنوي الظاهر خلافه . قال البلقيني : وتصح إجازته لما فعل مورثه مما يحتاج إليها ؛ لأنها تنفيذ على الأصح ، وخرج بحق الغرماء حق الله تعالى كزكاة ونذر وكفارة فلا تتعلق بمال المفلس كما جزم به في الروضة ، وأصلها في الأيمان ولم يقيده بفوريّ ولا بغيره وهو يقوّي ما مرّ فيقدم حق الآدمي ، وقد مرت الإشارة إلى هذه المسألة في باب مَن تلزمه الزكاة .

تنبيه : يستثنى من إطلاقه ما لو حجر عليه في زمن خيار البيع فإنه لا يتعلق حق الغرماء بالمعقود عليه ، فيجوز له الفسخ والإجازة على خلاف المصلحة في الأصح **(وأشهد)** الحاكم ندباً . وقيل وجوباً **(على حجره)** أي المفلس وأشهره بالنداء عليه **(ليحذر)** من معاملته . قال العمراني : فيأمر منادياً ينادي في البلد أن الحاكم حجر على فلان بن فلان **(ولو)** تصرف تصرفاً مالياً مفوّتاً في الحياة بالإنشاء مبتدأ كأن **(باع)** أو اشترى بالعين **(أو وهب أو أعتق)** أو أجر أو وقف أو كاتب **(ففي قول يوقف تصرّفه)** المذكور **(فإن فضل ذلك عن الدين)** لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم **(نفذ)** أي بان أنه كان نافذاً **(وإلا)** أي وإن لم يفضل **(لغا)** أي بان أنه كان لاغياً **(والأظهر بطلانه)** في الحال لتعلق حقهم به كالمرهون ، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصحّ تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه . قال الأذرعي : ويجب أن يستثنى من منع الشراء بالعين ما لو دفع له الحاكم كل يوم نفقة له ولعياله ، فاشترى بها فإنه يصح جزماً فيما يظهر ، وأشار إليه بعضهم وهو ظاهر ، وسيأتي ما يخرج بهذه القيود **(فلو باع ماله)** كله أو بعضه لغريمه بدينه كما صرّح به في المحرر ، أو **(لغرمائه بدينهم)** من غير إذن القاضي **(بطل)** البيع **(في الأصح)** ؛ لأن الحجر يثبت على العموم ، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر . والثاني : يصح ؛ لأن الأصل عدم غيرهم ، وبالقياس على بيع المرهون من المرتهن ، والقولان مفرّعان على بطلان البيع لأجنبي السابق كما أفادته الفاء . أما بإذن القاضي فيصح ، واحترز بقوله : بدينهم عما إذا باعه ببعض دينهم أو بعين فإنه كالبيع من أجنبي لأنه لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه بخلاف ما

وَلَوْ بَاعَ سَلَماً أَوِ اشْتَرى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ،وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الحَجْرِ فَالأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ ،

إذا باع بكلّ الدين فإنه يسقط ، ولو باعه لأجنبي بإذن الغرماء لم يصح في الأصح ، وخرج بالتصرّف المالي التصرّف في الذمة كما قال **(ولو)** تصرّف في ذمته كأن **(باع سلماً)** طعاماً أو غيره **(أو اشترى)** شيئاً بثمن **(في الذمة)** أو باع فيها لا بلفظ السلم أو اقترض أو استأجر **(فالصحيح صحته ويثبت)** المبيع والثمن ونحوهما **(في ذمته)** إذ لا ضرر على الغرماء فيه ، والثاني : لا يصح كالسفيه .

تنبيه : لو قال فلو تصرّف في ذمته كما قدّرته في كلامه تبعاً للرافعي لكان أولى **(ويصح نكاحه وطلاقه وخلعه)** ورجعته **(واقتصاصه)** أي استيفاؤه القصاص وإذا طلبه أجيب كما صرّح به في المحرر **(وإسقاطه)** أي القصاص ولو مجاناً ، وهذا من إضافة المصدر إلى مفعوله إذ لا يتعلق بهذه الأشياء مال ، ويصح استلحاقه النسب ونفيه باللعان . أما خلع الزوجة والأجنبي المفلسين فلا ينفذ منهما في العين وفي الذمة الخلاف في السلم ، وفي نفوذ استيلاده خلاف . قيل : يصح كالمريض والراجح عدم النفوذ . قال شيخي : لأن حجر الفلس أقوى من حجر المرض بدليل أنه يتصرف في مرض الموت في ثلث ماله ، وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية فيصح ، وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال **(ولو أقرّ بعين أو دين وجب قبل الحجر)** بمعاملة أو إتلاف أو نحو ذلك **(فالأظهر قبوله في حق الغرماء)** كما لو ثبت بالبينة ، وكإقرار المريض بدين يزاحم غرماء الصحة ولعدم التهمة الظاهرة ، وعلى هذا لو طلب الغرماء تحليفه على ذلك لم يحلف على الأصح ؛ لأنه لو امتنع لم يفد امتناعه شيئاً إذ لا يقبل رجوعه على الصحيح ، والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغي إنشاؤه والإقرار إخبار والحجر لا يسلب العبارة عنه ، ويثبت عليه الدين بنكوله عن الحلف مع حلف المدّعي كإقراره ، والثاني لا يقبل إقراره في حقهم لئلا تضرّهم المزاحمة ؛ ولأنه ربما واطأ المقرّ له . قال الروياني في الحلية : والاختيار في زماننا الفتوى به لأنا نرى مفلسين يقرون للظلمة حتى يمنعوا أصحاب الحقوق من مطالبتهم وحبسهم ، وهذا في زمانه ، فما بالك بزماننا .

تنبيه : إنما عبر بقوله : وجب ولم يقل لزم كما في المحرّر والشرح والروضة ليدخل

وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقاً لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ ،وَإِنْ قَالَ عَنْ جِنَايَةٍ قُبِلَ فِي الأَصَحِّ ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ ،

ما وجب ، ولكنه تأخر لزومه إلى ما بعد الحجر كالثمن في البيع المشروط فيه الخيار ، وقوله وجب قبل الحجر صفة للدين فقط **(وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر)** إسناداً مقيداً **(بمعاملة ، أو)** إسناداً **(مطلقاً)** بأن لم يقيده بمعاملة ولا غيرها **(لم يقبل في حقهم)** فلا يزاحمهم بل يطالب به بعد فك الحجر . أما في الأولى فلتقصير من عامله ، وأما في الثانية فلتنزيل الإقرار على أقل المراتب وهو دين المعاملة ، فلو لم يسند وجوبه إلى ما قبل الحجر ولا إلى ما بعده قال الرافعي : فقياس المذهب تنزيله على الأقل ، وهو جعله كإسناده إلى ما بعد الحجر ، فإن كان ما أطلقه دين معاملة لم يقبل لاحتمال تأخر لزومه ، أو دين جناية قبل ؛ لأن أقلّ مراتبه أن يكون كما لو صرّح به بعد الحجر ، فإن لم يعلم أهو دين معاملة أو جناية لم يقبل لاحتمال تأخره وكونه دين معاملة . قال في الروضة : وهذا التنزيل ظاهر إن تعذرت مراجعة المقرّ ، وإلا فينبغي أن يراجع فإنه يقبل إقراره . قال السبكي : وهذا صحيح لا شك فيه ، ويحمل كلام الرافعي على ما إذا لم تتفق المراجعة اهـ وينبغي أن يأتي مثل ذلك في الصورة الثانية في المتن ، وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أقرّ بدين وجب بعد الحجر ، واعترف بقدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره : أي : لأن قدرته على وفائه شرعاً يستلزم قدرته على وفاء بقية الديون **(وإن قال عن جناية)** بعد الحجر **(قبل في الأصح)** فيزاحمهم المجنيّ عليه لعدم تقصيره ، والثاني : أنه كما لو قال عن معاملة . والحاصل أن ما لزمه بعد الحجر إن كان برضا مستحقه لم يقبل في حقهم ، أولاً برضاه قبل .

تنبيه : لو عبر بالمذهب كما في الروضة لكان أولى ؛ فإن أصح الطريقين أنه كما لو أسند لزومه إلى ما قبل الحجر حتى يقبل في الأظهر **(وله أن يردّ بالعيب)** أو الإقالة **(ما كان اشتراه)** قبل الحجر **(إن كانت الغبطة في الردّ)** وليس كما لو باع بها ؛ لأن الفسخ ليس تصرّفاً مبتدأ فيمتنع منه ، وإنما هو من أحكام البيع الذي لم يشمله الحجر ، وقضية كلامهم جواز ردّه حينئذ دون لزومه ، وبه صرح القاضي إذ ليس فيه تفويت الحاصل ، وإنما هو امتناع من الاكتساب . فإن قيل : نقل عن النص أن مَن اشترى في صحته شيئاً ثم مرض واطلع فيه على عيب والغبطة في رده ولم يرد حسب ما نقصه العيب من الثلث فدل على أنه تفويت وقضيته لزوم الردّ . أجيب بأن الضرر اللاحق للغرماء بترك الرد قد يجبر بالكسب بعد ، بخلاف الضرر اللاحق للورثة بذلك .

وَالأَصَحُّ تَعَدِّي الحَجْرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ، وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الحَالَ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذٰلِكَ ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ .

تنبيه : كلام المصنف شامل لردّ ما اشتراه قبل الحجر وما اشتراه في الذمة بعد ، وصورة الغبطة فيه أن يبيعه المالك من المفلس وهو جاهل بفلسه ، والقدر الذي يأخذه بالمضاربة أكثر من قيمته . أما العالم فلا يتصوّر فيه الغبطة لعدم ضرر الغرماء بمزاحمته . أما إذا كانت الغبطة في الإبقاء فلا ردّ له لما فيه من تفويت المال بلا غرض ، وقضية كلامه أنه لا يرد أيضاً إذا لم تكن غبطة أصلاً لا في الردّ ، ولا في الإبقاء وهو كذلك لتعلق حقهم به فلا يفوت عليهم بغير غبطة ، ولو منع من الردّ عيب حادث لزم الأرش ولا يملك المفلس إسقاطه (**والأصح تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد**) والهبة (**والوصية والشراء**) في الذمة (**إن صححناه**) أي : الشراء وهو الراجح ؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها ، وذلك لا يختص بالموجود ، والثاني : لا يتعدى إلى ما ذكر كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدّى إلى غيرها . فإن قيل : يستثنى على الأوّل من إطلاق المصنف ما لو اتهب أباه أو أوصى له به فإنه لا يتعدّى إليه بل يعتق ، وليس للغرماء تعلق به . أجيب بأنه لا حاجة لاستثنائه ؛ لأن ملكه لم يستقرّ عليه حتى يقال : لم يحجر عليه فيه ، وإنما الشرع قضى بحصول العتق .

تنبيه : قضية إطلاقه تبعاً لغيره أنه لا فرق على الأوّل بين أن يزيد ماله مع الحادث على الديون أم لا وهو كذلك ؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، وإن قال الإسنوي : فيه نظر (و) الأصح (**أنه ليس لبائعه**) أي المفلس في الذمة (**أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال**) لتقصيره (**وإن جهل فله ذلك**) لعدم تقصيره ؛ لأن الإفلاس كالعيب فيفرّق فيه بين العلم والجهل ، والثاني : له ذلك لتعذر الوصول إلى عين الثمن ، والثالث : ليس له ذلك مطلقاً وهو مقصر في الجهل بترك البحث ، وعلى التعلق له أن يزاحم الغرماء بثمنه (و) الأصح (**أنه إذا لم يمكن التعلق بها**) أي بعين متاعه (**لا يزاحم الغرماء بالثمن**) ؛ لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه فلا يزاحم الغرماء الأوّلين بل إن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلا انتظر اليسار ، والثاني : يزاحم به ؛ لأنه في مقابلة ملك جديد رادّ به المال .

فصـــل

يُبَـادِرُ الْقَاضِي بَعْـدَ الحَجْرِ بِبَيْـعِ مَالِـهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُـرَمَاءِ ، وَيُقَـدِّمُ مَا يَخَـافُ فَسَادُهُ ، ثُمَّ الحَيَوَانَ ثُمَّ المَنْقُـولَ ثُمَّ الْعَقَارَ :

تنبيـه : يجري الخلاف في كل دين يحدث بعد الحجر برضا مستحقه بمعاوضـة . أما الإتلاف وأرش الجناية فيزاحم في الأصل ؛ لأنه لم يقصـر فلا يكلف الانتـظار ، ولو حـدث ديـن تقدّم سببـه على الحجر كـانهدام مـا أجره المفلس وقبض أجـرته وأتلفهـا ضـارب بـه مستحقه سواء أحدث قبل القسمة أم لا .

تنبيـه : قوله إذا لم يكن بميم بعد الياء في أكثر النسخ ، ونسب لنسخة المصنف ويقع في بعضها يكن . قال الـوليّ العراقي : وفي كـل منهما نقص : يعني : أن وجـه النقص في يكن لفـظة لـه وفي يمكن لفـظة الهـاء : أي يمكنـه وعبـارة المحـرّر إذا لم يكن لـه . قـــال السبكي : فحذف المصنف لفظة لـه آختصاراً أو التبس على بعض النسـاخ ، فكتب وإذا لم يكن اهـ وقـال الأذرعي : معنى يمكن صحيـح هنـا ، ولعـل نسخـة المصنف بخـطه يكن ، فغيرها ابن جعوان أو غيره بيمكن ؛ لأنها أجود من يكن بمفردها .

فصل : فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما

(**يبادر القاضي**) ندباً كما قالاه تبعاً للبسيط وإن أوهمت عبارة الوسيط والوجيز الوجـوب (**بعـد الحجر**) على المفلس (**ببيـع مالـه وقـسمه**) أي قسم ثمنـه (**بين الغـرمـاء**) على نسبـة ديونهم لئلا يطول زمن الحجر عليه ومبادرة لبـراءة ذمته وإيصـال الحق لذويـه ، ولا يفرط في الاستعجال لئلا يطمع فيه بثمن بخس (**ويقدّم**) في البيع (**ما يخاف فساده**) كـالفواكـه والبقول لئلا يضيع ثم ما يتعلق به حق كالمرهـون (**ثم الحيوان**) لحـاجته إلى النفقـة ؛ ولأنه معـرض للتلف ويستثنى منه المدبر ، فقد نص في الأم على أنه لا يباع حتى يتعـذر الأداء من غيره . قـال الـزركشي : وهـو صـريـح في أنـه يؤخـر عن الكـلّ صيانـة للتـدبيـر عن الإبـطال (**ثم المنقول**) ؛ لأنه يخشى ضياعه بسرقة ونحـوها ، ويقـدّم الملبوس على النحـاس ونحوه قـاله المـاوردي (**ثم العقـار**) بفتـح العين أفصـح من ضمهـا ، ويقـدّم البنـاء على الأرض قـالــه الماوردي ، وإنما أخر العقار ؛ لأنه يؤمن عليه من الهـلاك والسرقـة ، وظاهـر كلام الشيخين أن هـذا الترتيب واجب ، وقـال في الأنوار : إنـه مستحب ، والظاهـر كمـا قـال الأذرعي إن

وَلْيَبِـعْ بِحَضْرَةِ المُفْلِسِ وَغُـرَمَائِـهِ : كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ

الترتيب في غير ما يسرع فساده ، وغير الحيوان مستحب لا واجب ، وقد تقتضي المصلحة تقديم بيع العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم أو نحوه فالأحسن تفويض الأمر إلى آجتهاد الحاكم ، ويحمل كلامهم على الغالب ، وعليه بذل الوسع فيما يراه الأصلح .

تنبيه : محل ما ذكر من الترتيب إذا لم يكن في ماله ما تعلق به حق كالجاني والمرهون ، فإن كان قدم بيعه بعد ما يخشى فساده كما قدّرته في كلامه ، فإن فضل شيء قسم أو بقي شيء ضارب به المرتهن أو المجني عليه **(وليبع)** ندباً **(بحضرة المفلس)** بتثليث الحاء والفتح أفصح أو وكيله **(وغرمائه)** أو وكيلهم ؛ لأن ذلك أنفى للتهمة وأطيب للقلوب ؛ ولأن المفلس يبين ما في ماله ، ومن عيب فلا يرد ، ومن صفة مطلوبة فيرغب فيه ؛ ولأنه أعرف بثمن ماله فلا يلحقه غبن ؛ ولأن الغرماء قد يزيدون في السلعة . قال الأذرعي : ولا يتعين البيع بل للحاكم تمليك الغرماء أعيان ماله إن رآه مصلحة اهـ والأولى أن يتولى البيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم ليقع الإشهاد عليه ولا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه بخلاف ما لو باع الحاكم لا بدّ أن يثبت أنه ملكه كما قاله ابن الرفعة تبعاً للماوردي والقاضي ، إذ بيع الحاكم حكم بأنه له ، ويوافقه قول الرافعي في الفرائض قسم الحاكم يتضمن الحكم بموت المفقود ، وكلام جماعة يقتضي الاكتفاء باليد ، وحكى السبكي في ذلك وجهين ، ورجح الاكتفاء باليد . قال : وهو قول العبادي وكذا نقله الزركشي . ثم قال الأذرعي : وأفتى ابن الصلاح بما يوافقه ، والإجماع الفعلي عليه والأول أظهر .

تنبيه : لا يختص هذا الحكم بالمفلس بل كل مديون ممتنع ببيع القاضي عليه . لكن في غير المفلس لا يتعين فيه البيع بل القاضي مخير بينه وبين إكراهه على البيع كما في زيادة الروضة عن الأصحاب ، ولذلك اقتصر المصنف على المفلس لتعين ذلك فيه . قال السبكي : والذي يظهر أن تخييره إنما هو عند طلب المدعي الحق من غير تعيين طريق ، فإن عينه تعين . قال القاضي : وعزي ذلك إلى القفال الكبير . قال ابنه في التوشيح : وقد يقال : ليس للمدّعي حق في إحدى الخصال حتى تتعين بتعيينه وانما حقه في خلاص حقه ، فليعتمد القاضي بما شاء من الطرق اهـ وهذا هو الظاهر وإذا قلنا بعدم الاكتفاء باليد قال ابن الرفعة : فيتجه أن يتعين الحبس إلى أن يتولى الممتنع من الوفاء البيع بنفسه ، وليبع ندباً **(كل شيء في سوقه)** ؛ لأن طالبه فيه أكثر والتهمة فيه أبعد ، ويشهر بيع العقار ليظهر

بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ ، ثُمَّ إنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسَ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إلاَّ بِجِنْس حَقِّهِ اشْتَرَى،وَإنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إلَيْهِ إلاَّ فِي السَّلَمِ ، وَلاَ يُسَلِّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ

الراغبون فلو باع في غير سوقه بثمن مثله جاز . نعم إن تعلق بالسوق عرض معتبر للمفلس أو للغرماء وجب . قال الإسنوي : ومحله كما قاله الماوردي إذا لم يكن في نقله مؤنة كبيرة ، فإن كانت ورأى الحاكم المصلحة في استدعاء أهل السوق فعل . قال الزركشي : ومحله أيضاً إذا ظنّ عدم الزيادة في غير سوقه وإنما يبيع **(بثمن مثله)** فأكثر **(حالاً من نقد البلد)** وجوباً كما صرح به في المحرر ؛ لأن التصرف لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة كالوكيل والمصلحة ما ذكره . نعم إن رضي المفلس والغرماء بالبيع نسيئة أو بغير نقد البلد جاز كما قاله المتولي ، وإن نظر فيه السبكي وقال لاحتمال غريم آخر ، ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز ولو باع ماله بثمن مثله ثم ظهر راغب بزيادة وجب القبول في المجلس وفسخ البيع ، فإن لم يقبل فسخ الحاكم عليه . قال الروياني في التجربة : وقد ذكروا في عدل الرّهن والوكالة أنه إذا لم يفسخ ومضى زمن يمكن فيه البيع انفسخ بنفسه ، فقياسه هنا كذلك ، ولو تعذر مَن يشتري مال المفلس بثمن مثله من نقد البلد وجب الصبر . قال المصنف في فتاويه بلا خلاف : فإن قيل المرهون يباع بالثمن الذي دفع فيه بعد النداء والاشتهار وإن شهد عدلان أنه دون ثمن مثله . قال ابن أبي الدم بلا خلاف . أجيب بأن الرّاهن التزم ذلك حيث عرض ملكه للبيع ونظير الرّاهن المسلم إليه فإنه يلزمه تحصيل المسلم فيه إذا وجده بأكثر من ثمن مثله أو بثمن غال كما مرّ في بابه ؛ لأنه التزمه **(ثم إن كان الدين)** من **(غير جنس النقد)** الذي بيع به أو من غير نوعه **(ولم يرضَ الغريم إلا بجنس حقه)** أو نوعه **(اشترى)** له ؛ لأنه واجبه **(وإن رضي جاز صرف النقد إليه إلا في السلم)** ونحوه مما يمتنع الاعتياض فيه كبيع في الذمة وكمنفعة واجبة في إجارة الذمة فلا يجوز صرفه إليه وإن رضي لامتناع الاعتياض ، وأورد ابن النقيب على المصنف نجوم الكتابة ، فليس للسيد الاعتياض عنها على الأصح ولا يرد كما قال الوليّ العراقي ؛ لأن النجوم لا يحجر لأجلها فليست مرادة هنا **(ولا يسلم)** الحاكم أو مأذونه **(مبيعاً قبل قبض ثمنه)** احتياطاً ، فإن فعل ضمن كالوكيل والضمان بقيمة المبيع ، وقيل بالثمن ، وقيل بأقل الأمرين ، فعلم أنه لا يجوز البيع بمؤجل وإن حلّ قبل أوان القسمة لأن البيع بمؤجل يجب تسليمه قبل قبض الثمن . قال السبكي وينبغي أن يكون محلّ ضمان الحاكم إذا فعله جاهلاً

وَمَا قَبَضَهُ قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إلاَّ أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرُهُ لِيَجْتَمِعَ ، ولاَ يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ

أو معتقداً تحريمه ، فإن فعله باجتهاد أو تقليد صحيح لم يضمن ؛ لأن خطأه غير مقطوع به . فإن قيل يستثنى من إطلاق المصنف ما لو باع شيئاً لأحد الغرماء وعلم أنه يحصل له عند المقاسمة مثل الثمن الذي اشترى به فأكثر فإنه يجوز أن يسلم له قبل قبض الثمن ، والأحوط بقاء الثمن في ذمته لا أخذه وإعادته إليه . أجيب بأنه إن كان الثمن من جنس دينه جاء النقاصّ ، وإن لم يكن من جنسه ورضي به حصل الاعتياض فلم يحصل تسليم مع بقاء الثمن على كل تقدير **(وما قبضه)** الحاكم من ثمن أموال المفلس **(قسمه)** ندباً على التدريج **(بين الغرماء)** لتبرأ منه ذمته ويصل إليه المستحق ، فإن طلب الغرماء القسمة وجبت كما يؤخذ من كلام السبكي الآتي **(إلا أن يعسر لقلته)** وكثر الديون **(فيؤخره)** أي الحاكم ذلك **(ليجتمع)** ما يسهل قسمته دفعاً للمشقة فيقرضه أميناً موسراً . قال السبكي : ترتضيه الغرماء . قال الأذرعي : وغيره مماطل ، فإن فقد أودعه ثقة ترتضيه الغرماء ، ولا يضعه عند نفسه لما فيه من التهمة . قال الأذرعي : ولك أن تقول إذا كان الحال يقتضي تأخير القسمة ، وأنه إذا أخذه أقرضه ، فينبغي أنه إذا كان المشتري ممن يجوز إقراضه منه أن يترك في ذمته إلى وقت القسمة ، ولا وجه لقبضه منه ثمّ السعي في إقراضه وقد لا يجد مقترضاً أهلاً اهـ وهو بحث حسن ، ولو اختلفت الغرماء فيمن يقرضه أو يودع عنده أو عينوا غير ثقة ، فمَن رآه القاضي من العدول أولى ، فإن تلف عند المودع من غير تقصير فمن ضمان المفلس . قال الشيخان : فإن طلب الغرماء القسمة ففي النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم ، والظاهر خلافه اهـ والأوجه كما قال شيخنا : ما أفاده كلام السبكي من حمل هذا على ما إذا ظهرت مصلحة في التأخير ، وما في النهاية على خلافه ، فلو كان الغريم واحداً سلمه إليه أوّلاً فأوّلاً ؛ لأن إعطاءه للمستحق أولى من إقراضه أو إيداعه .

تنبيه : يستثنى من القسمة عليهم المكاتب إذا حجر عليه وعليه نجوم كتابة وأرش جناية ودين معاملة فالأصح تقديم دين المعاملة ثم الأرش ثم النجوم ، وإنما قدّم دين المعاملة عليهما ؛ لأن لهما تعلقاً آخر بتقدير العجز عنهما ، وهو الرّقبة ، وإنما قدّم الأرش على النجوم ؛ لأنه مستقرّ والنجوم معرضة للسقوط ، وتقدّم أنه لا حجر بالنجوم ، وهذا بخلاف المديون وغير المحجور عليه فإنه يقسم كيف شاء ، وهو ظاهر بالنسبة لصحة التصرّف . أما بالنسبة للجواز فينبغي كما قال السبكي : إنهم إذا استووا وطالبوا وحقوقهم على الفور أن تجب التسوية **(ولا يكلفون)** أي الغرماء عند القسمة **(بينة)** أو إخبار حاكم **(بأن**

لَا غَـرِيمَ غَيْرُهُمْ ، فَلَوْ قَسَمَ فَـظَهَرَ غَـرِيمٌ شَارَكَ بِـالحِصَّةِ ،وقِيـلَ تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ ، ولَـوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَـاعَهُ قَبْـلَ الحَجْرِ مُسْتَحَقًّـا

لا غـريم غيـرهم) ؛ لأن الحجـر يشتهـر ، فلو كـان ثمّ غـريم لـظهـر ويخـالف نـظيـره في الميراث ؛ لأن الورثة أضبط من الغرماء ، وهذه شهادة على نفي يعسر مـدركها فـلا يلزم من اعتبـارها في الأضبط اعتبـارها في غيـره . قال في الـرّوضـة : ولأن الغـريم المـوجـود تيقنـا استحقاقه لما يخصه وشككنا في مزاحمه ، وهو بتقدير وجوده لا يخرجه عن استحقاقه له في الذمة ، ولا يتحتم مزاحمة الغـريم ؛ لأنه لـو أبرأ أو أعـرض أخذ الآخـر الجميع . والـوارث بخلافه في جميع ذلك .

تنبيـه : لو قال المصنف: ولا يكلفون الإثبات بأن لا غريم غيرهم لكان أولى ليشمل ما زدته في كلامه **(فلو قسم فظهر غريم)** يجب إدخـاله في القسمـة : أي انكشف أمره **(شـارك بالحصة)** ولم تنقض القسمة ؛ لأن المقصود يحصل بذلك ، فلو قسم مالـه وهو خمسـة عشر على غريمين لأحدهما عشرون ولـلآخر عشـرة ، فأخـذ الأوّل عشرة والآخـر خمسة ثم ظهـر غريم له ثلاثون رجـع على كل منهمـا بنصف ما أخـذه ، فإن أتلف أحـدهما مـا أخذه وكـان معسراً جعل ما أخذه كالمعدوم وشارك من ظهر الآخـر وكان مـا أخذه كـأنه كـل المال ، فلو كان المتلف آخذاً الخمسة استردّ الحاكم من آخذ العشرة ثلاثـة أخماسهـا لمن ظهر ، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينهما وقس على ذلـك ، واحترز بقوله ظهر عما إذا حدث بعد القسمة فإنه لا يضارب إلا إذا كان سببه متقدّمـاً كما إذا أجر داراً وقبض أجرتهـا ثم آنهدمت بعـد القسمة فـإنه يضـارب على الصحيح **(وقيـل تنقض القسمة)** كما لو اقتسمت الورثة ثم ظهر وارث آخر فإن القسمـة تنقض على الأصحّ ، وفـرّق الأوّل بـأن حقّ الوارث في عين المـال ، بخلاف حقّ الغـريم فـإنـه في قيمتـه وهـو يحصـل بالمشاركة ، ولو ظهر الثالث وحصل للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر صرف منه إليـه بقسط ما أخذه الأوّلان ، والفاضل يقسم على ثلاثة . نعم إن كان دينه حادثاً فـلا مشاركـة له في المال القديم ، وتقدّم أن الدين إذا تقـدّم سببه فكـالقديم ، ولـو غاب غـريم وعرف قـدر حقـه قسم عليـه وإن لم يعـرف ، فـإن أمكنت مـراجعتـه وجب الإرسـال إليـه وإن لـم تمكن مراجعته ولا حضوره رجع في قدره إلى المفلس ، فإن حضر وظهر له زيادة فهو كظهور غريم بعد القسمة ، ولو تلف بيد الحاكم ما أفرزه للغائب بعد أخذ الحاضر حصتـه أو إفرازهـا فعن القاضي أن الغائب لا يزاحم من قبض **(ولو خرج شيء باعه)** المفلس **(قبل الحجـر مستحقاً**

والثَّمَنُ تَالِفٌ فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ ،وإنِ اسْتُحِقَّ شيْءٌ بَاعَهُ الحَاكِمُ قُدِّمَ المُشْتَرِي بِـالثَّمَنِ ، وفي قَوْلٍ يُحَاصُّ الْغُرَمَاءَ ، ويُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُـهُ حَتَّى يُقَسَّمَ مَالَـهُ

والثمن) المقبوض **(تالف فكدين ظهر)** سواء أتلف قبل الحجر أم بعده لثبوته قبـل الحجر ، وخرج بقوله : والثمن تالف ما إذا كان باقياً فإنه يردّه . فإن قيل قولـه : فكدين ظهـر لا معنى للكاف بل هـو دين ظهر حقيقـة . أجيب بأن معنـاها مثـل كما في قـوله تعـالى ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾ [الشورى : ١١] فكأنه قال :فمثل الدين اللازم دين ظهر من غير هذا الوجـه وحكمه مـا سبق فيشارك المشتري الغرماء من غير نقض القسمة أو مع نقضها ، والمراد بـالمثل البـدل ليشمل القيمـة في المتقوّم **(وإن استحق شيء باعه الحاكم)** أو أمينه والثمن المقبوض تالف **(قدّم المشتـري بالثمن)** أي بمثله على باقي الغرماء لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس ، فكان التقـديم من مصالح الحجر كأجـرة الكيال ونحـوها من المؤن **(وفي قـول يحاص الغـرماء)** بـه كسائـر الـديون ؛ لأنـه دين في ذمـة المفلس ودفـع بمـا مرّ ، وليس الحـاكم ولا أمينـه طـريقـاً في الضمان ؛ لأنه نائب الشرع **(وينفق)** الحـاكم من مال المفلس عليـه و **(على مَن عليه نفقتـه)** من زوجة وقريب وأمّ ولد وخادم **(حتى يقسم ماله)** ؛ لأنه موسـر ما لم يـزل ملكه عنـه ومحله في الزوجة التي نكحها قبل الحجر . أما المنكوحة بعده فلا ، بخلاف الولـد المتجدّد لـه ، وفـرّق بينهما بعـدم الاختيار في الـولد بخـلاف الزوجـة ، ولا فـرق في المملوك بين القـديم والحادث بعد الحجر ؛ لأنه مال وفيه نفع للغرمـاء . فإن قيـل لو أقـرّ السفيه بـولد ثبت نسبـه وأنفق عليه من بيت المال فهـلا كان المفلس كـذلك . أجيب بـأن إقرار السفيـه بالمـال وبما يقتضيه لا يقبل . بخلاف إقرار المفلس فإنه يقبل على الصحيح ، وغـايته هنـا أن يكون قـد أقرّ بدين وإقـراره به مقبـول ويجب أداؤه . فبالأولى وجـوب الإنفاق لأنـه وقع تبعـاً : كثبوت النسب تبعاً لثبوت الولادة بشهادة النسوة . فإن قيل هلا كان إقراره كتجـديد الـزوجة . أجيب بأن الإقرار به واجب بخلاف التزوّج . فإن قيل قد يكون الآخر واجبـاً بأن ظلمهـا في القسم وطلقها على القول بوجوبـه كما سيـأتي في بابـه . أجيب بأنـه يمكنه الخـروج من ذلك بـأن تسامحه من حقها ولا كذلك النسب ، ولو اشترى أمة في ذمته بعد الحجر وأولدها وقلنا بنفوذ إيلاده ، فالأوجـه كما اقتضـاه كلامهم أنـه ينفق عليها وفـارقت الزوجـة لقدرتهـا على الفسخ بخلاف أمّ الولد ، وينفق على الزوجة نفقة المعسـرين على المعتمد المـوافق لنصّ الشافعي خلافاً للرّوياني من أنه ينفق نفقـة الموسـرين . وعلل بأنـه لو أنفق نفقـة المعسرين لمـا أنفق على القريب ، وردّ بأن اليسار المعتبر في نفقـة الزوجـة غير المعتبـر في نفقة القـريب ؛ لأن

إلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ ،ويُبَاعُ مَسْكَنُهُ وخَادِمُهُ فِي الأَصَحِّ، وإنِ احْتَاجَ إلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ ومَنْصِبِهِ ، ويُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ ، وهُوَ قَمِيصٌ وسَرَاوِيلُ

الموسر في نفقته مَن يفضل ماله عن قوته وقوت عياله ، وفي نفقة الزوجة مَن يكون دخله أكثر من خرجه وبأن نفقة الزوجة لا تسقط بمضيِّ الزمان بخلاف القريب فلا يلزم من انتفاء الأوّل انتفاء الثاني . وآعلم أنهم ذكروا في وليّ الصبي ؛ أنه لا ينفق على قريبه إلا بعد الطلب فليكن هنا مثله بل أولى لمزاحمة حقّ الغرماء .

تنبيه : لو عبر : بيمون بدل ينفق لكان أولى ليشمل النفقة والكسوة والإسكان والإخدام وتكفين مَن مات منهم قبل القسمة ؛ لأن ذلك كله عليه **(إلا أن يستغني)** المفلس **(بكسب)** لائق به فلا ينفق الحاكم عليه ولا عليهم من ماله بل من كسبه ، فإن لم يوفّ كمل من ماله أو فضل منه شيء أضيف إلى المال . أما غير اللائق فكالعدم كما صرحوا به في قسم الصدقات وسكتوا عنه هنا ، ولو رضي بما لا يليق به وهو مباح لا يمنع منه . قال الأذرعي : وكفانا مؤنته ولو امتنع من اللائق به ، فقضية كلام المتن والمطلب أن ينفق من ماله ؛ لأنه صدق عليه أنه لم يستغن بكسبه ، واختاره الإسنوي ، وقضية كلام المتولي خلافه ، واختاره السبكي ، والأوّل أنسب بقاعدة الباب من أنه لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل ، وهو أنسب من قول الوليّ العراقي من أنه لو فصل بين أن يتكرّر ذلك منه ثلاث مرّات فأكثر وبين أن يوجد منه مرّة أو مرّتين لم يبعد **(ويباع مسكنه وخادمه)** ومركوبه **(في الأصحّ)** المنصوص **(وإن احتاج إلى خادم)** ومركوب **(لزمانته ومنصبه)** ؛ لأن تحصيلهما بالكراء يسهل ، فإن تعذر فعلى المسلمين . والثاني : يبقيان للمحتاج إذا كانا لائقين به دون النفيسين ، وهو مخرج من نصه في الكفارات أيضاً ، وفرّق الأوّل بأن حقوق الآدميين أضيق ولا بدل لها ، وتباع البسط والفرش ، ويسامح في حصير ولبد قليلي القيمة **(ويترك له دست ثوب يليق به)** حال فلسه كما قاله الإمام إن كان في ماله وإلا آشترى له ؛ لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى النفقة ، فلو كان يلبس قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله ردّ إلى اللائق أو دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه .

تنبيه : قال الإسنوي : الضمير في له عائد على لفظ من المذكور في النفقة ، وحينئذ فيدخل فيه نفسه وعياله ، ونقله الزركشي عن البغوي وغيره **(وهو قميص وسراويل)** ومنديل

وعِمَامَةٌ ومِكْعَبٌ، ويُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ، وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ ،

(وعمامة ومكعب) أي مداس **(ويزاد في الشتاء جبة)** محشوّة ، أو ما في معناها كفروة ؛ لأنه يحتاج إلى ذلك ، ولا يؤجر غالباً ، ويترك له أيضاً طيلسان وخفّ ودراعة بضم المهملة يلبسها فوق القميص أو نحوها مما يليق إن لاق به ذلك لئلا يحصل الازدراء بمنصبه ، وتزاد المرأة مقنعة وغيرها مما يليق بها ؛ وسكتوا عما يلبس على الرأس تحت العمامة . قال الإسنوي : والذي يظهر إيجابه وذكر نحوه الأذرعي ، وهو ظاهر ، ويقال لما تحتها القلنسوة ، ومثلها تكة اللباس .

تنبيه : قال العبادي : يترك للعالم كتبه ، وتبعه ابن الأستاذ ، وقال تفقهاً يترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما ، بخلاف المتطوّع بالجهاد فإن وفاء الدين أولى له إلا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرها . أما المصحف فيباع . قال السبكي : لأنه محفوظ فلا يحتاج إلى مراجعته ، ويسهل السؤال عن الغلط من الحفظة بخلاف كتب العلم . قال صاحب التهذيب في الفتاوى : ويبيع القاضي آلات حرفته إن كان مجنوناً ، ومفهومه أنها لا تباع إن كان عاقلاً ، والأصح كما في الأنوار خلافه . وقال ابن سريج : يترك له رأس مال يتجر فيه إن لم يحسن الكسب إلا به . قال الأذرعي : وأظنّ أن مراده اليسير كما قاله الدارمي . أما الكثير فلا إلا برضاهم **(ويترك له قوت يوم القسمة)** وسكناه كما في الوجيز **(لمَن عليه نفقته)** ؛ لأنه موسر في أوّله بخلاف ما بعده . قال في المهمات : والمراد اليوم بليلته كما صرّح به البغوي في التهذيب ، ونقله المصنف في تعليقه على المهذب وارتضاه اهـ ، فإن قسم ليلاً فيلحق به اليوم الذي بعده قياساً على الليلة ، ويترك ما يجهز به مَن مات منهم ذلك اليوم أو قبله مقدّماً به على الغرماء ، هذا كله إذا كان بعض ماله خالياً عن تعلق حق لمعين ، فإن تعلق بجميع ماله حق لمعين كالمرهون فلا ينفق عليه ولا على عياله منه **(وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين)** لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] أمر بانتظاره ولم يأمر باكتسابه ، ولقوله ﷺ في خبر معاذ «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» ولا يلزمه ترك القصاص الواجب له بجناية عليه أو على غيره كرقيقه بالأرش ؛ لأنه في معنى الكسب . نعم إن وجب الدين بسبب عصى به كإتلاف مال الغير عمداً وجب عليه الاكتساب كما نقله الإسنوي عن ابن الصلاح ، ثم قال وهو واضح ؛ لأن التوبة من ذلك واجبة ، وهي متوقفة في حقوق الآدميين على الردّ ، بل نقل الغزالي في باب

وَالأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالأَرْضِ المَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ ،

التوبة من الإحياء : أن مَن آستطاع الحج ولم يحج حتى أفلس فعليه الخروج ، فإن لم يقدر مع الإفلاس فعليه أن يكتسب من الحلال قدر الزاد ، فإن لم يقدر فعليه أن يسأل الناس ليصرف إليه من الزكاة أو الصدقة ما يحج به ، فإن مات قبل الحج مات عاصياً فهذا أبلغ مما نقل عن ابن الصلاح ، فإن الحج من حقوق الله تعالى والتحقيق كما قال شيخنا إن وجوب ذلك ليس لإيفاء الدين بل للخروج من المعصية وليس الكلام فيه . فإن قيل : يجب الاكتساب في نفقة القريب مع أن الدين أقوى منها فإنها تسقط بمضي الزمان بخلافه فهلا كان ذلك مثلها ؟ . أجيب بأن قدر النفقة يسير والدين لا ينضبط قدره ، وأيضاً نفقة القريب فيها إحياء بعضه فلزمه الاكتساب له كما يلزمه الاكتساب لإحياء نفسه بخلاف الدين . قال ابن الرفعة : هذا كله في الحرّ . أما الرقيق المأذون له في التجارة إذا قسم ما بيده للغرماء وبقي عليه دين وقلنا يتعلق دين التجارة بكسبه وهو الأصح لزمه أن يكتسب للفاضل اهـ وفيه نظر ، ولا يمكن المفلس من تفويت حاصل لمنافاته غرض الحجر ، فليس له ولا لوارثه العفو عن المال الواجب بجناية لما فيه من تفويت الحاصل (**والأصح وجوب إجارة أمّ ولده والأرض الموقوفة عليه**) مثلاً لبقية الدين ؛لأن منافعها كالأعيان ، ولهذا يضمنان بفوتهما في يد الغاصب بخلاف منافع الحرّ فيصرف بدلهما إلى الدين ويؤجران مرّة بعد أخرى إلى البراءة ، فإن المنافع لا نهاية لها . قال الرافعي : ومقتضى هذا إدامة الحجر إلى البراءة وهو كالمستبعد . قال البلقيني : ليس هذا مقتضاه وإنما مقتضاه أحد أمرين : إما أن ينفك الحجر بالكلية ، وإما أن ينفك بالنسبة إلى غير الموقوف والمستولدة ويبقى فيهما وتبعه الإسنوي على ذلك . قال الزركشي : والمراد إذا كان يحصل منهما ما يزيد على قدر نفقته ونفقة مَن يمونه قبل قسمة المال فإنهما يقدّمان في المال الحاصل فالمنزل منزلته أولى اهـ لكن إنما تقدّم نفقته ونفقة مَن يمونه قبل قسمة المال . وقياسه أن يقال : ينفق عليه وعلى مَن يمونه من أجرة أم الولد والموقوف عليه إلى أن يؤجر . والثاني : لا تجب ؛ لأن المنفعة لا تعدّ مالاً حاصلاً . قال الأذرعي : والظاهر أن الموصي بمنفعته له كالمستولدة والموقوف . قال في الروضة : وأفتى الغزالي بأنه يجبر على إجارة الموقوف أي بأجرة معجلة ما لم يظهر تفاوته بسبب تعجيل الأجرة إلى حدّ لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة اهـ ومثله المستولدة ، ومحله في الوقف إذا لم يكن شرط الواقف في إجارته شرطاً فإن شرط شيئاً اتبع ، قاله القاضي أبو بكر الشاشي في فتاويه .

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَّمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، وَإِلَّا فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الإِعْسَارِ فِي الحَالِ ، وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ ،

تنبيه : لو قال المصنف والموقوف عليه لكان أخصر وأشمل **(وإذا ادّعى)** المدين **(أنه معسر ، أو قسم ماله بين غرمائه وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا)** ما زعمه **(فإن لزمه الدين في معاملة مال كشراء أو قرض فعليه البينة)** بإعساره في الصورة الأولى ، وبأنه لا يملك غيره في الثانية ؛ لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة ، وقضية التوجيه المذكور أن المراد بالمال ما يبقى . أما ما لا يبقى كاللحم فالظاهر أنه كالقسم الآتي :

تنبيه : قضية كلامه أن الإعسار لا يثبت باليمين المردودة وليس مراداً فإنه لو ادّعى على غريمه علمه بإفلاسه أو تلف ماله حلف على نفيه ، فإن نكل حلف وثبت إفلاسه ، وقضيته أيضاً أنه لا يكفي علم القاضي بإعساره وبه صرّح الإمام . قال : لأنه ظنّ لا علم ، لكن ذكر الشيخان في الكلام على القضاء بالعلم أن المراد بالعلم هو الظن المؤكد لا مدلوله الحقيقي ، وقضيته أنه يقضي به هنا وهو الظاهر **(وإلا)** بأن لزمه الدين لا في معاملة مال **(فيصدق بيمينه في الأصح)** سواء لزمه باختياره كضمان وصداق أم بغير اختياره كأرش جناية وغرامة متلف ؛ لأن الأصل العدم ، وهذا التعليل يدل على أن صورة المسألة فيمن لم يعرف له مال قبل ذلك ولذا قال في التنبيه : فإن كان قد عرف له مال قبل ذلك حبس إلى أن يقيم البينة على إعساره . والثاني : لا يصدّق إلا ببينة ؛ لأن الظاهر من حال الحرّ أنه يملك شيئاً ، كذا علله الرافعي . واعترضه في الكفاية بأن هذا التعليل لا يستقيم فيما إذا قسم ماله ؛ لأن مقتضى الظاهر قد تحقق وعمل به . والثالث : إن لزمه الدين باختياره لم يصدّق إلا ببينة ، أو بغير اختياره صدّق بيمينه ، والفرق أن الظاهر أنه لا يشغل ذمته باختياره بما لا يقدر عليه ، ومحل التفصيل المذكور ما إذا لم يسبق منه إقرار بالملاءة ، فلو أقرّ بها ثم ادّعى الإعسار ففي فتاوى القفال لا يقبل قوله إلا أن يقيم بينة بذهاب ماله .

فرع : لو حلف أن يوفي زيداً دينه في وقت كذا ثم ادّعى الإعسار قبل لأجل عدم الحِنْثِ إلا أن يعرف له مال كذا أجابني به شيخي . وهي مسألة كثيرة الوقوع **(وتقبل بينة الإعسار)** وإن تعلقت بالنفي لمكان الحاجة كالبينة على أن لا وارث سوى هؤلاء **(في الحال)** قياساً على غيرها **(وشرط شاهد)** ليقبل وهو آثنان **(خبرة باطنه)** أي المعسر لطول جوار ، أو

وَلْيَقُـلْ هُوَ مُعْسِـرٌ ، وَلاَ يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ : لاَ يَمْلِكُ شَيْئاً ،

مخالطة ونحوها فإن المال يخفى فلا يجوز الاعتماد على ظاهـر الحال ، فـإن عرف القـاضي أن الشاهد بهذه الصفة فذاك وإلا فله اعتماد قوله : إنه بها ، كذا نقلاه عن الإمام وهو صرّح بنقل ذلك عن الأئمة ، وذكر الشيخان في الكلام على التزكية أن القاضي لا بدّ أن يعـرف أن المـزكي من أهل الخبـرة ، أو أن يعرف من عـدالتـه أنـه لا يـزكي إلا بعـد وجـودهـا . قـال الإسنـوي : وينبغي أن يكون هـذا مثله اهـ وهو ظـاهر ، هـذا في الشاهـد بـالإعسـار . أمـا الشاهد بالتلف فلا يشترط فيه الخبرة الباطنة ، وحينئذ فيصدق بيمينه في إعسـاره **(وليقل)** أي شاهد الإعسار وهو اثنان كما مرّ **(هو معسر ، ولا يمحض النفي كقوله لا يملك شيئاً)** ؛ لأنـه لا يمكنه الاطلاع عليه بل يجمع بين نفي وإثبات فيقول كما قال الشيخان هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه . قال البلقيني : وهذا غير صحيح ؛ لأنه قد يكون مالكاً لغير ذلـك وهو معسر كأن يكون له مال غائب بمسافـة القصر فـأكثر ، ولأن قـوت يومـه قد يستغنى عنـه بالكسب ، وثياب بدنه قد تزيد على ما يليق بـه فيصير مـوسراً بـذلك فـالطريق أن يشهـد أنه معسر عاجز العجز الشرعي عن وفاء شيء من هذا الدين أو ما في معنى ذلك اهـ وهـو حسن وأفاد التعبير بالشاهدين أنه لا يكفي رجل وامرأتان ولا رجل ويمين ، وأنـه لا يشترط ثـلاثة . وأما قوله ﷺ فيما رواه مسلم لمن ذكر له أن جائحة أصابت ماله وسأله أن يعطيه من الصدقـة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجا من قومه فمحمول على الاحتياط ، وسكـوت المصنف عن تحليفه مع بينة الإعسار يشعر بأنه لا حاجة إليه وليس مـراداً ، بل يجب تحليفـه على إعساره باستدعاء الخصم لجواز أن يكون له مال في الباطن ، ولو كان الحق لمحجور عليه أو غـائب أو جهـة عامّـة لم يتوقف التحليف على الـطلب ، وإنما يحلف بعـد إقامـة البينـة كمـا قـالـه القفال ، ولا يحلف مَن أقام البينة على إتلاف ماله بلا خلاف ؛ لأن فيـه تكذيب البينـة ، وله تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون إعساره إذا ادّعاه عليهم ، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره كمـا مرّ ، وإن حلفوا حبس ، فإن ادّعى ثانياً وثالثاً وهكذا أنـه بَانَ لهم إعسـاره حلفوا حتى يـظهر للحاكم أن قصده الإيذاء ، ولو ثبت إعساره فادّعوا بعد أيام أنه استفاد مالاً وبينوا الجهة التي استفـاد منها فلهم تحليفـه إلا أن يظهـر منهم قصد الإيـذاء ، وإذا شهـد على مفلس بـالغنى فـلا بدّ من بيـان سببه ؛ لأن الإعـدام لما لم يثبت إلا من أهـل الخبرة كـذلك الغنى ، قـاله القفال في فتاويه ، ولو وجد في يد المعسر مال فأقرّ به لشخص وصدّقه أخذه منه ولا حقّ فيه للغرماء ، ولا يحلف المعسر إنه ما واطأ المقرّ له على الإقـرار ؛ لأنه لـو رجع عن إقـراره لم

وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازَمَتُهُ بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ ،

يقبل ، وإن كذبه المقرّ له أخذه الغرماء ولا يلتفت إلى إقراره به لآخر لظهور كذبه في صرفه عنه ، وإن أقرّ به لغائب انتظر قدومه فإن صدّقه أخذه وإلا أخذه الغرماء ، ولو أقرّ به لمجهول لم يقبل منه كما اقتضاه كلامهم ، وصرّح به الروياني وغيره ، والظاهر كما قال الأذرعي إن الصبي ونحوه كالغائب . نعم إن صدّقه الوليّ فلا انتظار ، ولو تعارض بينتا إعسار وملاءة كلما شهدت إحداهما جاءت الأخرى فشهدت بأنه في الحال على خلاف ما شهدت به فهل يقبل ذلك أبداً ويعمل بالمتأخر ؟ أفتى ابن الصلاح بأنه يعمل بالمتأخر منهما وإن تكرّرت إذا لم ينشأ من تكرارها ريبة ، ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن ريبة إذا تكررت **(وإذا ثبت إعساره)** عند القاضي **(لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل حتى يوسر)** للآية السابقة ، بخلاف مَن لم يثبت إعساره فيجوز حبسه وملازمته . نعم الأصل ذكراً كان أو غيره وإن علا لا يحبس بدين الولد كذلك وإن سفل ولو صغيراً أو زمناً ؛ لأنه عقوبة ، ولا يعاقب الوالد بالولد ، ولا فرق بين دين النفقة وغيرها ، وكذا لا يحبس المكاتب بالنجوم ولا المستأجر عينه وتعذر عمله في الحبس تقديماً لحق المستأجر كالمرتهن ، فإن خيف هربه استوثق عليه القاضي على حسب ما يراه ؛ ولأن العمل مقصود بالاستحقاق في نفسه بخلاف الحبس ليس مقصوداً في نفسه بل يتوصل به إلى غيره ، ذكره في الروضة في باب الإجارة عن فتاوى الغزالي وأقرّه . قال السبكي : وعلى قياسه لو استعدى على مَن استؤجر عينه وكان حضوره للتحاكم يعطل حق المستأجر ينبغي أن لا يحضر ولا يعترض باتفاق الأصحاب على إحضار المرأة البرزة وحبسها وإن كانت مزوّجة ؛ لأن للإجارة أمداً ينتظر ، ويؤخذ مما قاله إن الموصي بمنفعته كالمستأجر إن أوصى بها مدة معينة وإلا فكالزوجة .

فروع : لا يحبس المريض ولا المخدرة ولا ابن السبيل بل يوكل بهم ولا الصبي ولا المجنون ولا أبو الطفل والوكيل والقيم في دين لم يجب بمعاملتهم وتحبس الأمناء في دين وجب بمعاملتهم ، ولا يحبس العبد الجاني ولا سيده ليؤدّي أو يبيع بل يباع عليه إذا وجد راغب وامتنع من البيع والفداء ، وعلى الموسر الأداء فوراً بحسب الإمكان إن طولب لقوله ﷺ «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ» إذ لا يقال : مطله إلا إذا طالبه فدافعه ، فإن امتنع أمره الحاكم به ، فإن امتنع وله مال ظاهر وهو من جنس الدين وفى منه ، أو من غيره باع الحاكم عليه ماله وإن كان المال في غير محل ولايته كما صرّح به القاضي والقمولي أو أكرهه مع التعزير بحبس أو غيره على البيع . أما قبل المطالبة فلا يجب الأداء وإن كان سبب الدين معصية ،

وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ .

ولا ينافيه الوجوب في هذه الحالة للخروج من المعصية ؛ لأن الكلام في الوجوب للحلول ، ولو التمس غريم الممتنع من الأداء الحجر عليه في ماله أجيب لئلا يتلف ماله ، فإن أخفاه وهو معلوم وطلب غريمه حبسه حبس وحجر عليه أوّلاً حتى يظهره ، فإن لم ينزجر بالحبس ورأى الحاكم ضربه أو غيره فعل ذلك وإن زاد مجموعه على الحدّ ولا يعزره ثانياً حتى يبرأ من الأوّل ، ولصاحب الدين الحالّ ولو ذمياً منع المديون الموسر بالطلب من السفر المخوف وغيره بأن يشغله عنه برفعه إلى الحاكم ومطالبته حتى يوفيه دينه ؛ لأن أداءه فرض عين بخلاف السفر . نعم إن استناب مَن يوفيه من مال الحاضر فليس له منعه . أما صاحب المؤجل فليس له منعه من السفر ، ولو كان مخوفاً كجهاد أو الأجل قريباً إذ لا مطالبة به في الحال ، ولا يكلف مَن عليه المؤجل رهناً ولا كفيلاً ولا إشهاداً ؛ لأن صاحبه هو المقصر حيث رضي بالتأجيل من غير رهن وكفيل وله السفر صحبته ليطالبه عند حلوله بشرط أن لا يلازمه ملازمة الرقيب ؛ لأن فيه إضراراً به (**والغريب العاجز عن بينة الإعسار يوكل القاضي به**) وجوباً (**من يبحث**) أي اثنان يبحثان بقدر الطاقة (**عن حاله ، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به**) لئلا يخلد في الحبس ، وظاهر كلام المصنف أنه لا يحبس بل يوكل به في الابتداء وكلام الشرح والروضة في فصل التزكية يقتضيه . لكن ظاهر كلامهما هنا أنه يفعل ذلك معه وهو في الحبس ، ويدل لهذا التعليل المذكور ، ولا يأثم المحبوس المعسر بترك الجمعة ؛ لأنه معذور وللقاضي منع المحبوس منها إن اقتضته المصلحة ومن الاستمتاع بالزوجة ومحادثة الأصدقاء لا من دخولها لحاجة كحمل طعام ، وله منعه من شمّ الرياحين للترفه لا لحاجة كمرض لا منعه من عمل صنعة في الحبس ، وإن كان مماطلاً ونفقته واجبة على نفسه ، وعليه أجرة الحبس ؛ لأنها أجرة المكان ، ولو حبست امرأة في دين قال ابن المقري تبعاً لأصله لم يأذن فيه الزوج سقطت نفقتها مدّة الحبس ولو ثبت الدين ببينة كما لو وطئت بشبهة واعتدت فإنها تسقط وإن كانت معذورة ، ومفهوم ذلك أنه لو أذن لها في الاستدانة لم تسقط نفقتها ، والأوجه كما قال شيخنا تبعاً للأذرعي إنها لا نفقة لها كما لو أذن لها في الحج ولم يخرج معها فإنه لا نفقة لها ولو لزمه حقّ آخر حبس بهما ولم يطلق بقضاء أحدهما دون الآخر ، ويخرج المحبوس من الحبس لسماع الدعوى عليه ويخرج المجنون من

فصــل

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ المَبِيعِ ، وَالأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ ،

الحبس مطلقاً والمريض إن لم يجد ممرضاً فإن وجده فلا ، وإن كان يحبس ابتداء ، ومَن ثبت إعساره أخرج ولو بغير إذن الغريم لزوال المقتضي .

فصــل

في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه (**مَن باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس**) أي بسبب إفلاسه والمبيع باق عنده بالشروط الآتية (**فله**) أي البائع (**فسخ المبيع واسترداد المبيع**) لحديث الصحيحين «مَنْ أَدْرَكَ مَالَـهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[1] وكون الثمن غير مقبوض يحتاج إلى إضماره في الحديث ، وقول الراوي : فيه عند رجل أو إنسان شك منه ، ولا يحتاج في الفسخ إلى حكم حاكم بل يفسخه بنفسه على الأصحّ ، ولو حكم حاكم بمنع الفسخ لم ينقض كما صححه المصنف ، وإن قال الأصطخري بنقضه ولو وقع البيع ممن يلزمه التصرّف بالغبطة كأن يكون مكاتباً أو ولياً ، والغبطة في الفسخ وجب عليه في ذلك . أما مَن أفلس ولم يحجر عليه أو حجر عليه للسفه فلا رجوع كما أفهمه كلامه ، وأفهم أيضاً امتناع الفسخ بالبيع الواقع في حال الحجر : أي لغير الجاهل كما مرّ .

تنبيه : قوله : ولم يقبض الثمن المراد لم يقبض منه شيئاً بدليل قوله : واسترداد المبيع . أما إذا قبض بعض الثمن فسيذكره بعد ، وقوله : واسترداد المبيع قد يوهم منع استرداد بعضه ، وليس مراداً ؛ لأنه مصلحة للغرماء كما يرجع الوالد في بعض ما وهبه لولده بخلاف الردّ بالعيب ؛ لأنه يضرّ بالبائع وملك المفلس مبيع كله ، وقيد الأذرعي الرجوع بما إذا لم يحصل به ضرر بالتشقيص على الغرماء ، وقال السبكي : لا يلتفت إلى ذلك ، واقتصر عليه شيخنا في شرح الروض وهو المعتمد (**والأصحّ أن خياره**) أي الفسخ (**على الفور**) كخيار العيب بجامع دفع الضرر ، والثاني : كخيار الرجوع في الهبة للولد ، وفرّق الأوّل بحصول الضرر هنا بخلاف ذلك ، وعلى الأوّل لو ادّعى الجهل بالفورية كان كالردّ

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٧٦ في الاستقراض «٢٤٠٢» ، ومسلم ٣/١١٩٣ في المساقاة «١٥٥٩/٢٢» .

وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ ، وَلَهُ شُرُوطٌ : مِنْهَا كَوْنُ الثَّمنِ حَالاً ، وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالإِفْلَاسِ فَلَوِ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ

بالعيب بل أولى ؛ لأن هذا يخفى على غالب الناس بخلاف ذلك (و) الأصحّ (**أنه لا يحصل الفسخ بالوطء**) للأمة (**والإعتاق**) للرقيق (**والبيع**) والهبة ونحو ذلك ، وتلغو هذه التصرفات كما لا يحصل بها في الهبة للولد ، والثاني : يحصل كالبائع في زمن الخيار ، وفرق الأوّل بأن ملك المشتري ثم ليس بمستقر فجاز الفسخ بما ذكر بخلاف مسألتنا ، ومحلّ الخلاف إذا نوى بالوطء الفسخ . وقلنا هذا الفسخ لا يفتقر إلى حاكم كما مرّ وإلا فلا يحصل به قطعاً ويحصل الفسخ بفسخت البيع ونقضته ورفعته ، وكذا بقوله رددت الثمن أو فسخت البيع فيه في الأصحّ (**وله الرجوع**) في عين ماله بالفسخ (**في سائر المعاوضات**) التي (**كالبيع**) وهي المحضة كالإجارة والقرض والسلم لعموم الحديث السابق ، فإذا أجره داراً بأجرة حالة لم يقبضها حتى حجر عليه فله الرجوع في الدار بالفسخ تنزيلاً للمنفعة منزلة العين في البيع أو سلمه دراهم قرضاً أو رأس مال سلم حالّ أو مؤجل فحلّ ، ثم حجر عليه والدراهم باقية بالشروط الآتية فله الرجوع فيها بالفسخ ، وخرج بالمعارضة غيرها كالهبة ، وبالمحضة غيرها كالنكاح ، والصلح عن دم العمد ؛ لأنها ليست في معنى المنصوص عليه لانتفاء العوض في الهبة ونحوها ولتعذر استيفائه في البقية . وأما فسخ الزوجة بإعسار زوجها بالمهر أو النفقة كما سيأتي في بابه فلا يختص بالحجر (**وله**) أي للرجوع في البيع (**شروط : منها كون الثمن حالاً**) عند الرجوع فلا يصحّ رجوع حال وجود الأجل ؛ لأن المؤجل لا يطالب به ، ومن هذا يؤخذ أن الإجارة المستحق فيها أجرة كل شهر عند مضيه أنه لا فسخ فيها ؛ لأنه لا يتأتى الفسخ قبل مضيّ الشهر لعدم الحلول ولا بعده لفوات المنفعة فهو كتلف المبيع نبّه عليه ابن الصلاح في فتاويه . نعم لو أجر شيئاً بأجرة بعضها حالّ وبعضها مؤجل ، فالظاهر كما قال شيخنا إنه يفسخ في الحالّ بالقسط .

تنبيه : يندرج في كلام المصنف ما لو وقع الشراء بالحالّ ، وما لو اشترى بمؤجل وحلّ قبل الحجر وهو الأصحّ ، وما لو حلّ بعده وهو الأصح في الشرح الصغير ، وقال في زيادة الرّوضة إنه الأصح في الوجيز وسكت عليه ، ولا ترجيح في الكبير (و) منها (**أن يتعذر حصوله**) أي الثمن (**بالإفلاس**) أي بسببه (**فلو**) انتفى الإفلاس و (**امتنع من دفع الثمن مع**

يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ فَلَا فَسْخَ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ لَا تَفْسَخْ وَنُقَدِّمُكَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ الْفَسْخُ ،

يساره أو هرب) عطف على امتنع أو مات مليئاً وامتنع الوارث من التسليم **(فلا فسخ في الأصح)** ؛ لأن التوصل إلى أخذه بالحاكم ممكن . فإن فرض عجز فنادر لا عبرة به ، والثاني : يثبت لتعذر الوصول إليه حالاً وتوقعه مآلاً فأشبه المفلس ، واحترز أيضاً بالإفلاس عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن ؛ لأن له الاعتياض عنه ، واستشكله الإسنوي بأن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه ، وقد جزم به الرافعي في فوات المبيع ، وذكر أيضاً أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير ، وإذا جاز الفسخ لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه فلفوات الجنس أولى . وأجيب بأن الملك ههنا قويّ إذ العوض في الذمة فبعد الفسخ ، وهناك الملك ضعيف ؛ لأن صورة المسألة أن المعقود عليه معين ، وأنه فات بإتلاف الأجنبي قبل القبض فساغ الفسخ ، بل فيها قول إن العقد ينفسخ كالتلف بآفة سماوية .

تنبيه : يفهم كلامه أنه لو كان بالثمن ضامن مقر مليء لم يرجع وهو كذلك ، ولو كان الضمان بلا إذن كما رجحه ابن المقري لإمكان الوصول إلى الثمن من الضامن فلم يحصل التعذر بالإفلاس ، فلو كان جاحداً ولا بينة أو معسراً رجع لتعذر الثمن بالإفلاس ، وكذا لا يرجع لو كان به رهن يفي به ولو مستعاراً لما مرّ ، فإن لم يفِ به فله الرجوع فيما يقابل ما بقي له **(ولو قال الغرماء)** أي غرماء المفلس أو قال وارثه لمَن له حق الفسخ **(لا تفسخ ونقدمك بالثمن فله الفسخ)** لما في التقديم من المنة وخوف ظهور غريم آخر ، وقيل ليس له الفسخ .

تنبيه : وقع في الرّوضة آخر الباب أنه لو قال الغرماء للقصار خذ أجرتك ودعنا نكن شركاء صاحب الثوب أجبر على الأصح كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن ، واختلف الناس في هذا التنبيه ، فقال بعضهم : وهم وقع في نسخة سقيمة من الشرح وهو في غيرها على الصواب ، والأولى أن يقال : إنه تفريع على الوجه القائل بعدم الفسخ ، ومحلّ الخلاف إذا قدّموه من مال المفلس ، فإن قدّموه من مال أنفسهم فله الفسخ قطعاً ، ولو مات المشتري مفلساً وقال الوارث : لا تفسخ وأقدمك من التركة فكالغرماء أو من مالي فوجهان ، والأقرب إجابته كما جزم به ابن المقري ؛ لأن التركة مال المورث فأشبه فك المرهون ؛ ولأن الوارث

وَكَوْنُ المَبِيعِ بَاقِياً فِي مِلْكِ المُشْتَرِي ، فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ فَلَا رُجُوعَ ،

خليفة المورث فله تخليص المبيع ، ولو تبرع بالثمن أحد الغرماء أو كلهم أو أجنبي كان له الفسخ لما في ذلك من المنة وإسقاط حقه ، فإن أجاب المتبرِّع ثم ظهر غريم آخر لم يزاحمه فيما أخذه ؛ لأنه في وجه لا يدخل في ملك المفلس وفي وجه يدخل فيه لكن ضمناً ، وحقوق الغرماء إنما تتعلق بما دخل ملكه أصالة . أما لو أجاب غير المتبرِّع فللذي ظهر أن يزاحمه . ثم إن كانت العين باقية لم يرجع فيما يقابل ما زوحم به في أحد آحتمالين يظهر ترجيحه ؛ لأنه مقصر حيث أخر حق الرجوع مع احتمال ظهور غريم يزاحمه **(و)** منها **(كون المبيع)** أو نحوه **(باقياً في ملك المشتري)** للخبر السابق **(فلو فات)** ملكه عنه حساً كالموت أو حكماً كالعتق والوقف والبيع والهبة **(أو كاتب العبد)** أو الأمة كتابة صحيحة **(فلا رجوع)** لخروجه عن ملكه في الفوات ، وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه ، وليس للبائع فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع ؛ لأن حق الشفعة كان ثابتاً حين تصرَّف المشتري ؛ لأنه يثبت بنفس البيع وحقّ الرجوع لم يكن ثابتاً حين تصرف ؛ لأنه إنما يثبت بالإفلاس والحجر .

تنبيه : قد يفهم كلامه أنه لو زال ملكه ثم عاد لا رجوع ، وهو الأصحّ في زيادة الرّوضة كما هو المصحح في الهبة للولد وإن صحح في الشرح الصغير الرجوع ، وأشعر برجحانه كلام الكبير . وقال الإسنوي : إنه الأصح ، وعلى هذا لو عاد الملك بعوض ولم يوفّ الثمن إلى بائعه الثاني فهل الأوّل أولى لسبق حقه أو الثاني لقرب حقه أو يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن إن تساوى الثمنان ؟ فيه أوجه في الشرحين والروضة بلا ترجيح رجح منها ابن الرفعة الثاني ، وبه قطع الماوردي وابن كج وغيرهما ، والاستيلاد كالكتابة كما في الروضة وأصلها ، ووقع في فتاوى المصنف أنه يرجع ولعله غلط من ناقله عنه فإنه قال في التصحيح إنه لا خلاف في عدم الرجوع في الاستيلاد ، ومنها أن لا يتعلق بالمبيع حق لازم : كرهن وجناية توجب مالاً معلقاً بالرقبة ، فلو زال التعلق جاز الرجوع ، وكذا لو عجز المكاتب ، فلو قال البائع للمرتهن : أنا أدفع إليك حقك وآخذ عين مالي فهل يجبر المرتهن أولا ؟ وجهان . قال الأذرعي : ويجب طردهما في المجنيّ عليه ، وقياس المذهب ترجيح المنع ، ولو أقرضه المشتري لغيره وأقبضه إياه ثم حجر عليه أو باعه وحجر عليه في زمن الخيار . قال الماوردي : فللبائع الرجوع فيه كالمشتري . قال البلقيني : ويتخرج عليه ما لو وهب المشتري المتاع لولده وأقبضه له ثم أفلس فللبائع الرجوع فيه كالواهب له . قال

وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ ، وَلَوْ تَعيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصاً، أَوْ ضَارَبَ بِالثَّمَنِ

ويلزم على ما قاله الماوردي أنه لو باع المشتري لآخر ثم أفلسا وحجر عليهما كان للبائع الأوّل الرجوع ولا بعد في التزامه اهـ ، هذا والمعتمد كما قاله شيخي أنه لا رجوع في القرض ولا في الهبة لولده ؛ لأنه زال عن ملكه فهو داخل في كلام الأصحاب . وأما البيع بشرط الخيار ، فإن كان للمشتري فكذلك لما ذكر وإلا فله الرجوع لعدم خروجه عن ملكه ، وكذا لا رجوع لو كان العوض صيداً فأحرم البائع ؛ لأنه ليس أهلاً لتملكه حينئذ . وعبارة المصنف في التصحيح لم يرجع ما دام محرماً ، وهو يقتضي أن له الرجوع إذا حلّ من إحرامه . وقال البلقيني : إنه قياس الفقه . قال الأذرعي : ولو كان المبيع كافراً فأسلم بيد المشتري والبائع كافر رجع على الأصح ، وبه جزم المحاملي وغيره كما في الردّ بالعيب لما في المنع منه من الضرر بخلاف المشتري اهـ . فإن قيل : هلا كان الحكم في الصيد كذلك ؟ . أجيب بقرب زوال المانع في تلك بخلاف هذه ، وبأن العبد المسلم يدخل في ملك الكافر ولا يزول بنفسه قطعاً ، بخلاف الصيد مع المحرم فلا فائدة في الرجوع **(ولا يمنع)** الرجوع **(التزويج)** ولا التدبير ولا تعليق العتق ولا الإجارة بناء على جواز بيع المؤجر وهو الأصح ، فيأخذه مسلوب المنفعة إن شاء ، ولا يرجع بأجرة المثل لما بقي من المدّة كما يفهمه ابن الرّفعة ، وإن شاء ضارب .

تنبيه : قد علم مما تقرّر أن شروط الرّجوع تسعة : الأوّل كونه في المعاوضة المحضة كالبيع . الثاني : أن يرجع عقب العلم بالحجر . الثالث : أن يكون رجوعه بقوله : فسخت البيع ونحوه مما مرّ . الرّابع : أن يكون عوضه غير مقبوض فإن كان قبض شيئاً منه ثبت الرّجوع فيما يقابل الباقي . الخامس : أن يكون عدم استيفاء العوض لأجل الإفلاس . السادس : كون العوض ديناً ، فإن كان عيناً قدّم بها على الغرماء . السابع : حلول الدين . الثامن : كونه باقياً في ملك المفلس . التاسع : أن لا يتعلق به حقّ لازم : كرهن ، ولو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس مشتري الشقص وحجر عليه أخذه الشفيع ، لا البائع لسبق حقه وثمنه للغرماء كلهم يقسم بينهم بنسبة ديونهم **(ولو تعيب)** المبيع بأن حصل فيه نقص لا يفرد بعقد **(بآفة)** سماوية ، سواء كان النقص حسياً كسقوط يد أم لا كنسيان حرفة **(أخذه)** البائع **(ناقصاً أو ضارب)** الغرماء **(بالثمن)** ، كما لو تعيب المبيع قبل قبضه فإن للمشتري أخذه ناقصاً أو تركه وكالأب إذا رجع في الموهوب لولده وقد نقص ، وهذا مستثنى من قاعدة ما ضمن كله ضمن بعضه ، ومن ذلك الشاة المعجلة في

أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ ، وَجِنَايَةُ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الأَصَحِّ ، وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ ،

الزكاة إذا وجدها تالفة يضمنها أو ناقصة يأخذها بلا أرش ، وعللوه بأنه نقص حدث في ملكه فلا يضمنه كالمفلس ، وقد يضمن البعض ولا يضمن الكل ، وذلك فيما إذا جنى على مكاتبه فإنه إن قتله لم يضمنه وإن قطع عضوه ضمنه **(أو بجناية أجنبي)** تضمن جنايته **(أو البائع)** بعد القبض **(فله أخذه ، ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة)** وإن كان للجناية أرش مقدّر ، فإذا كان قيمة الرقيق مثلاً مع قطع اليدين مائة وبدونه مائتين فيأخذه ويضارب بنصف الثمن . أما الأجنبيّ الذي لا تضمن جنايته كالحربي فجنايته كالآفة ، وكذا البائع قبل القبض **(وجناية المشتري)** فيها طريقان : أصحهما أنها كجناية البائع على المبيع قبل القبض ، وفيها وجهان : أحدهما أنها **(كآفة في الأصحّ)** والثاني : أنها كجناية الأجنبي . والطريق الثاني القطع بالثاني ، فكان الأولى التعبير بالمذهب **(ولو تلف)** ما يفرد بعقد كأن تلف **(أحد العبدين)** أو الثوبين **(ثم أفلس)** وحجر عليه ولم يقبض البائع شيئاً من الثمن **(أخذ الباقي وضارب بحصة التالف)** ؛ لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما ، بل لو كانا باقيين وأراد الرجوع في أحدهما مكن من ذلك كما مرّت الإشارة إليه .

تنبيه : قوله : ثم أفلس غير قيد ، فلو تلف أحدهما بعد فلسه كان الحكم كذلك **(فلو كان قبض بعض الثمن رجع في الجديد)** على ما يأتي بيانه ؛ لأن الإفلاس سبب يعود به كل العين فجاز أن يعود به بعضها كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارة وبعضه أخرى **(فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن أخذ الباقي بباقي الثمن)** ويكون ما قبضه في مقابلة التالف ، كما لو رهن عبدين بمائة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدين كان الباقي مرهوناً بما بقي من الدين **(وفي قول)** مخرج **(يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ويضارب بنصفه)** وهو ربع الثمن ويكون المقبوض في مقابلة نصف التالف ونصف الباقي ، وصحح في الروضة طريقة القطع بالأوّل ، والقديم لا يرجع به بل يضارب بباقي الثمن ؛ لأنه قد ورد في الحديث «فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ» رواه الدارقطني . وأجيب بأنه مرسل .

وَلَوْ زَادَ المَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَـةٍ فَازَ الْبَـائِعُ بِهَـا،وَالْمُنْفَصِلَةُ كالثَّمَـرَةِ . وَالْوَلَـدِ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الأَصْلِ ، فَإِنْ كانَ الْوَلَدُ صَغِيراً وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَـهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ ، وَإِلاَّ فَيُبَاعَانِ ، وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الأُمِّ ، وَقِيلَ لاَ رُجُوعَ ،

تنبيـه : كان ينبغي أن يقول : ولو بالواو وحذف كان لئلا يفهم التصوير بـالتلف وهو لا يختص بـه ، فإنـه لـو قبض بعض الثمن ولم يتلف من المبيـع شيء جـرى القـولان ، فعلى الجـديد يـرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن ، فلو قبض نصفـه رجع في النصف قـاله المتولي ، وعلى القديم يضارب (**ولو زاد المبيـع زيادة متصلة كسمن و**) تعلم (**صنعـة**) وكبر شجرة (**فاز البائع بها**) من غير شيء يلزمه لها فيرجع فيها مع الأصل ، وكذا حكم الزيادة في جميع الأبواب إلا الصداق فإن الزوج إذا فارق قبل الدخول لا يرجع بالنصف الزائد إلا برضا الزوجة كما سيأتي ، ولو تغيرت صفة المبيع كأن زرع الحب فنبت قال الإسنـوي : فالأصح على ما يقتضيه كلام الرافعي أنه يرجع (**والمنفصلة كالثمرة**) المؤبرة (**والـولد**) الحـادثين بعد البيع (**للمشتري**) ؛ لأنها تتبع الملك بدليل الردّ بالعيب (**ويرجع البـائع في الأصـل**) دونها ؛ لأن الشـارع إنما أثبت لـه الرّجـوع في المبيع فيقتصـر عليه (**فـإن كان الـولد**) أي ولـد الأمة (**صغيراً**) لم يميز (**وبذل**) بالمعجمة (**البائع قيمته أخـذه مع أمّـه**) ؛ لأن التفريق ممتنـع ومال المفلس كله مبيع فأجيب البائع .

تنبيـه : قال الإسنوي : هل المراد بكونه يأخذ الولد أن يأخذه بالبيع أو يستقلّ بأخذه ؟ وهو الظاهر من إطلاق عبارتهم فيه نظر اهـ والأوّل أوجه . قال بعض المتأخـرين : وهو نـظير ما إذا أراد المعير التملك : أي للغراس والبناء في الأرض المعـارة ، وهل يشتـرط في صحة الرّجوع في الأمّ رجوعه في الولد أيضاً حذراً من التفـريق أم يكفي اشتراطـه ، والاتفاق عليـه قبل ذلك ؟ الأوجه الأوّل أيضاً . وعلى الثاني لو لم يفعـل بعد الشـرط ، والاتفاق هـل يجبر عليه أو ينقض الرّجوع أو يتبين بطلانه ؟ الأوجه الثاني (**وإلا**) أي وإن لم يبذلها (**فيباعان**) معاً (**وتصرف إليه حصـة الأمّ**) من الثمن وحصة الـولد للغـرماء فـراراً من التفريق الممنـوع منه ، وفيه إيصال كل منهما إلى حقه ، وكيفية التقسيط كمـا قالـه الشيخ أبـو حامـد : أن تقوّم الأمّ ذات ولد ؛ لأنها تنقص به وقد استحق الرجوع فيها ناقصة ثم يقوّم الولد ويضم قيمة أحدهما إلى قيمـة الآخر ويقسم عليهمـا ، وقيل يجـوز التفريق للضـرورة (**وقيل : لا رجـوع**) إذا لم يبذل القيمة بل يضارب لما فيه من التفريق من حين الرّجوع إلى البيع .

فَإِنْ كَـانَتْ حَامِـلاً عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ فَالأَصَحُّ تَعَدِّي الـرُّجُوعِ إِلَى الْـوَلَدِ، وَاسْتِتَـارُ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنَ اسْتِتَارِ الجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ ،

تنبيـه : عبارة المصنف قلقة ، ومعناها أنه إذا لم يبذل البائع قيمة الولـد : الأصحّ أنـه تبـاع الأمّ والولـد معاً ويصـرف ما يخص الـولـد إلى المفلس ومـا يخص الأمّ إلى البـائـع . والثاني : لا يصرف إليه حصة الأمّ بل يبطل حقه من الرجـوع ويضارب بـالثمن **(فإن كـانت)** الدابة المبيعة **(حاملاً عند الرجوع دون البيع أو عكسه)** بالنصب : أي حاملاً عند البيـع دون الرجوع بأن انفصل الولد قبله **(فالأصحّ)** وفي الروضة : فالأظهر **(تعدّي الرجـوع إلى الولـد)** وجـه الأصح في الصـورة الأولى : أن الحمل تـابـع في البيـع فكـذا في الـرجـوع ، ووجـه مقابله : أن البائع إنما يرجع فيما كان موجوداً حال البيع والحمل ليس كذلك فيرجع في الأمّ فقط . قال الجويني : قبل الوضع والصيدلاني وغيره بعد الوضع . قال في الرّوضـة : الأوّل ظاهر كلام الأكثرين . فإن قيل : الوجه الثاني هو الصحيح في نظائر المسألة من الرّهن والردّ بالعيب ورجوع الوالد في الهبة فهلا كان هناك كـذلك ؟ . أجيب بـأن الرّهن ضعيف بخـلاف الفسخ لنقله الملك والردّ بالعيب ورجوع الوالد في هبتـه بأن سبب الفسـخ هنا نشـأ من جهة المفلس فلم تراع جهته بخلافه ثمّ . وأما الصورة الثانية فالخلاف فيها مفرّع على أن الحمـل يعلم ، فكأنه باع عينين فيرجع فيهما ، أو لا يعلم فـلا يرجـع فيه ، ولمـا كان الأصـحّ العلم كان الأصحّ الرّجوع ، ولو كانت حاملاً عندهما رجـع فيها حـاملاً قـطعاً ، ولـو حدث بينهمـا وانفصل فقد مرّ أنه للمشتـري ، وبذلـك يكون للمسـألة أربعـة أحوال . قـال الأذرعي : ولو وضعت أحد توأمين عند المشتري ثم رجع البائع قبل وضع الآخر هـل يكون الحكم كمـا لو لم تضع شيئاً أو يعطى كل منهما حكمه أو كيف الحـال ، وهل يفتـرق الحال بين أن يمـوت المولود أوّلاً مع بقاء حمـل الجنين أو لا فرق ؟ اهـ والأوجـه أن يقال : إن كـانت حامـلاً عند البيع فهما للبائع وهذه الحالة داخلة في كلام الأصحاب ، وإن حدث الحمل عند المشتـري فلكـل حكمه . قـال شيخي : وقـد رجـح الشيخـان مثـل ذلـك في الكتـابـة . وقـال بعض المتـأخرين : قيـاس البـاب مـع ما هـو معلوم من توقف الأحكـام على تمام انفصـال التوأمين ترجيح الأول مـن غير فرق بين الحالين ، وهل يقال بمثل ذلك في تـأبير البعض ، أو أن مـا لم يؤبر تابـع لما أبـر ؟ ينبغي اعتماد الثـاني ، ويفرق بينهمـا بشدّة اتصـال الحمل ، وأيضـاً صرّحوا بأن ما لم يؤبر يتبع المؤبر **(واستتار الثمر بكمامه)** بكسر الكـاف ، وهو أوعيـة الطلع **(وظهوره بالتـأبير)** أي تشقق الـطلع **(قريب من استتـار الجنين وانفصالـه)** فإذا كـانت الثمرة

وَأَوْلَى بِتَعَـدِّي الرُّجُـوعِ ، وَلَوْ غَرَسَ الأَرْضَ أَوْ بَنَى فَإِنِ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيغِهَا فَعَلُوا وَأَخَذَهَا ، وَإِنِ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا ، بَـلْ لَهُ أَنْ يَـرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ الْغِـرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِـهِ ، وَلَـهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ ،

على النخـل المبيع عنـد البيع غيـر مؤبرة ، وعنـد الرجـوع مؤبرة فهي كـالحمـل عنـد البيـع المنفصل قبل الرجوع فيتعـدّى الرجـوع إليها على الـراجح (و) هي (**أولى بتعـدّي الرجـوع**) إليها من الحمل ؛ لأنها مشاهدة موثوق بها بخلافه ولذلك قـطع بعضهم بالـرجوع فيهـا ، ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهي غير مؤبرة عند الرجوع رجع فيها على الراجح لما مـرّ في نظيـر ذلك من الحمل . قال الشارح : وهذه المسألـة لا تتناولهـا عبارة المصنف اهـ ودفـع بذلـك الاعتراض عليه بأن هذه أولى بعدم تعدّي الرّجوع ، ولـو كانت الثمـرة غير مؤبـرة عند البيـع والـرّجوع رجـع فيها جـزماً ، ولـو حدثت الثمـرة بعد البيـع وهي عنـد الـرّجـوع مؤبـرة فهي للمشتـري ، ومتى رجـع البـائـع في الأصـل من الشجـر أو الأرض وبقيت الثمـرة أو الـزرع فللمفلس والغـرماء تـركه إلى وقت الجـداد بلا أجـرة (**ولـو غـرس**) أي المشتـري (**الأرض**) المبيعـة له (**أو بنى**) فيهـا ثم أفلس وحجر عليـه قبل أداء الثمن واختـار البـائـع الـرجـوع في الأرض (**فإن اتفق الغرمـاء والمفلس على تفريغهـا**) من الغراس والبنـاء (**فعلوا**) ؛ لأن الحق لهم لا يعـدوهم ، وتجب تسـويـة الحفـر وغـرامـة أرش النقص من مـال المفلس إن نقصت بالقلع ، وهل يقدّم البائع به على سائر الغرماء ؛ لأنه لتخليص ماله وإصلاحـه أو يضارب بـه كسـائر الغـرماء ؟ وجهـان : الأكثرون عـلى الأول، وجـزم بـه في الكفـايـة ، وأنكـر على الرافعي حكاية خلاف فيه (**وأخذها**) يعنى البائع برجوعه ؛ لأنهـا عين مالـه لم يتعلق بها حقّ لغيره ، وليس له أن يلزمهم بأخذ قيمة الغراس والبنـاء ليتملكهما مـع الأرض ؛لأن المبيع قـد سلم له . فإن قيل لمَ رجع بأرش النقص مع أنه لا يرجع به فيمـا لو وجـد المبيع نـاقصاً بـل يرجع فيه من غير شيء ؟. أجيب بأن النقص هنا حصل بعد رجوعه (**وإن امتنعـوا**) من القلع (**لم يجبروا**) عليه ؛ لأن المشتري حين بنى وغرس لم يكن متعـدّياً بـل وضعه بحق فيحتـرم (**بـل له**) أي البـائع (**أن**) يضـارب بالثمن ، ولـه أن (**يـرجـع**) في الأرض (**ويتملك الغـراس والبناء بقيمته**) أي له جميع الأمـرين لما سيـأتي (**وله**) بـدل تملك ما ذكـر (**أن يقلع ويضمن أرش النقص**) ؛ لأن مال المفلس مبيع كله والضرر يندفـع بكل واحـد من الأمرين ، فـأجيب البائع لمـا طلب منهما ، بخـلاف ما لـو أفلس بعد زرعـه الأرض ورجع البـائع فيهـا فإنـه لا

وَالأَظْهَرِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ، وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ المَبِيعِ مِنَ المَخْلُوطِ، أَوْ بِأَجْوَدَ فَلَا رُجُوعَ فِي المَخْلُوطِ فِي الأَظْهَرِ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَّرَ الثَّوْبَ

يتمكن من تملك الزرع بالقيمة ؛ لأن له أمداً ينتظر فسهل احتماله ، بخلاف الغراس والبناء وإن اختلفوا بأن طلب المفلس القلع والغرماء أخذ القيمة من البائع ليتملكه أو بالعكس ، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء فطلب بعضهم البيع وبعضهم القيمة من البائع عمل بالمصلحة (**والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس**) لما فيه من الضرر بنقص قيمتهما فإن الغراس بلا أرش والبناء بلا مقرّ ولا ممرّ ناقص القيمة والرجوع إنما شرع لدفع الضرر فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء ، فعلى هذا يضارب الغرماء بالثمن أو يعود إلى بذل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرش النقص . قال الإسنوي : وكتب المصنف على حاشية الروضة قوله يعود إشارة إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن . والثاني : له ذلك كما لو صبغ الثوب ثم حجر عليه قبل أداء الثمن فإنه يرجع فيه دون الصبغ ويكون المفلس شريكاً معه بالصبغ ، وفرق الأوّل بأن الصبغ كالصفة التابعة للثوب (**ولو كان المبيع**) له مثلياً كأن كان (**حنطة فخلطها بمثلها أو دونها فله**) أي للبائع بعد الفسخ (**أخذ قدر المبيع من المخلوط**) أما في الخلط بالمثل فظاهر . وأما في الدون فيكون مسامحاً كنقص العيب ، ولو طلب البيع وقسمة الثمن لم يجب إليه في الأصح كما لا يجبر الشريك على البيع ، هذا إذا خلطه المشتري ، فلو خلطه أجنبي : أي يضمن ضارب البائع بنقص الخلط كما في العيب ، قاله الزركشي (**أو**) خلطها (**بأجود**) منها (**فلا رجوع في المخلوط في الأظهر**) بل يضارب بالثمن فقط ؛ لأن الطريق الموصل إلى أخذه وهو القسمة متعذر هنا ؛ لأنه لا سبيل إليها بإعطاء قدر حقه منه ؛ لأن فيه ضرراً بالمفلس ولا بإعطاء ما يساوي حقه منه لأنه ربا . والثاني له الرجوع ويباعان ويوزع الثمن على نسبة القيمة ، وعلى الأوّل لو قلّ الأجود بحيث لا يظهر به زيادة في الحسّ ويقع مثله بين الكيلين ، فالوجه القطع بالرجوع كما قاله الإمام وأقرّه الشيخان .

تنبيه : حكم سائر المثليات حكم الحنطة فيما مرّ كما يعلم مما قدّرته في كلامه ولو كان المختلط من غير جنس المبيع كزيت بشيرج فلا رجوع لعدم جواز القسمة لانتفاء التماثل فهو كالتالف (**ولو طحنها**) أي الحنطة المبيعة له (**أو قصر الثوب**) المبيع له ثم حجر

فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيمَةُ رَجَعَ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ زَادَتْ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ ، وَلَوْ صَبَغَهُ بِصَبْغَةٍ فَإِنْ زَادَتِ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصَّبْغِ رَجَعَ ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ ،

عليه قبل أداء الثمن **(فإن لم تزد القيمة)** بما فعله بأن ساوت أو نقصت **(رجع)** البائع في ذلك **(ولا شيء للمفلس)** فيه ؛ لأنه مبيع موجود من غير زيادة وإن نقصت فليس للبائع غيره **(وإن زادت)** عليها **(فالأظهر أنه)** أي المبيع **(يباع)** ويصير المفلس شريكاً بالزيادة إلحاقاً لها بالعين ؛ لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوّم فوجب أن لا يضيع عليه بخلاف الغاصب **(وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد)** بالعمل ، مثاله قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فللمفلس سدس الثمن ، وللبائع إمساك المبيع لنفسه وإعطاء المفلس حصة الزيادة كما صححه الشيخان . والثاني : لا شركة للمفلس في ذلك ؛ لأنها أثر كسمن الدابة بالعلف ، وكبر الشجرة بالسقي والتعهد ، وفرق الأوّل بأن الطحن أو القصارة منسوب إليه بخلاف السمن وكبر الشجرة ، فإن العلف والسقي يوجدان كثيراً ولا يحصل السمن والكبر فكأن الأثر فيه غير منسوب إلى فعله ، بل محض صنع الله تعالى ، ولهذا لا يجوز الاستئجار على تكبير الشجرة وتسمين الدابة بخلاف القصارة والطحن .

تنبيه : كلامه قد يفهم أن البائع لو أراد أخذه ودفع الزيادة للمفلس لا يمكن من ذلك وليس مراداً بل له ذلك كما مرّ ، فلو حذف المصنف أنه يباع وقال : فالأظهر أن للمفلس بنسبة ما زاد لأفهم ذلك ، وأشار المصنف بالطحن والقصر إلى ضابط صور القولين وهو صنع ما يجوز الاستئجار عليه ويظهر أثره فيه كخبز الدقيق وذبح الشاة وشيّ اللحم وضرب اللبن من تراب الأرض ، ورياضة الدابة ، وتعليم الرقيق القرآن أو حرفة ، وإنما اعتبر الظهور ؛ لأن حفظ الدابة وسياستها يستأجر عليه ولا تثبت به الشركة ، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة **(ولو صبغه)** أي المشتري الثوب **(بصبغة)** ثم حجر عليه **(فإن زادت القيمة)** بسبب الصبغ **(قدر قيمة الصبغ)** كأن تكون قيمة الثوب أبيض أربعة والصبغ درهمين فصار بعد الصبغ يساوي ستة **(رجع)** البائع في الثوب **(والمفلس شريك بالصبغ)** ؛ لأن المبيع هو الثوب خاصة فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثاً . وفي كيفية الشركة وجهان بلا ترجيح في كلام الشيخين أصحهما كما صححه ابن المقري . وقال السبكي : نص الشافعي في نظير المسألة من الغصب يشهد له أن كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس ، كما لو غرس

أَوْ أَقَلَّ فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ ، أَوْ أَكْثَرَ فَالأَصَحُّ أَن الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ ، وَلَوِ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوْبَ رَجَعَ فِيهِمَا إلَّا أَنْ لاَ تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَيَكُونُ فَاقِداً لِلصَّبْغِ ، وَلَوِ اشْتَرَاهُمَا مِنَ اثْنَيْنِ

الأرض : والثاني : يشتركان فيهما جميعاً لتعذر التمييز كما في خلط الزيت . أما إذا زادت بارتفاع سوق أحدهما فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته ، فلو زادت بارتفاع سوقهما وزعت عليهما بالنسبة ، وهكذا في صورة القصارة والطحن ، فلو حصلت الزيادة بسبب ارتفاع الأسواق لا بسببهما فلا شيء للمفلس معه ، ولهذا قدّرت في كلامه بنسبة ما زادت من العمل . وللبائع إمساك الثوب وبذل ما للمفلس من قيمة الصبغ والقصارة وإن كان قابلاً للفصل كما يبذل قيمة الغراس والبناء ، ولا ينافي هذا قولهم إنه شريك ؛ لأن أموال المفلس تباع إما للبائع أو لغيره **(أو)** زادت القيمة **(أقلّ)** من قيمة الصبغ وسعر الثوب بحاله كأن صارت خمسة **(فالنقص على الصبغ)** ؛ لأن أجزاءه تتفرّق وتنقص والثوب قائم بحاله فيباع وللبائع معه أربعة أخماس الثمن ، وللمفلس خمسة ، وإن لم يزد الثوب شيئاً فلا شيء للمفلس ، وإن نقصت قيمة الثوب فلا شيء للبائع معه **(أو)** زادت **(أكثر)** من قيمة الصبغ كأن صارت تساوي في مثالنا ثمانية **(فالأصح أن الزيادة)** كلها **(للمفلس)** ؛ لأنها حصلت بفعله فيباع الثوب وله نصف الثمن . والثاني : أنها للبائع كالسمن فيكون له ثلاثة أرباع الثمن وللمفلس ربعه . والثالث : أنها توزع عليهما فيكون للبائع ثلثا الثمن وللمفلس ثلثه **(ولو اشترى منه الصبغ)** وصبغ به ثوباً له ثم حجر عليه فللبائع الرجوع إن زادت قيمة الثوب مصبوغاً على ما كانت عليه قبل الصبغ فيكون شريكاً فيه ، فإن نقصت حصته عن ثمن الصبغ فالأصح أنه إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بالجميع أو اشترى الصبغ **(والثوب)** من واحد وصبغه به ثم حجر عليه **(رجع)** البائع **(فيهما)** أي في الثوب بصبغه لأنهما عين ماله **(إلا أن لا تزيد قيمتهما على قيمة الثوب)** قبل الصبغ بأن ساوتها أو نقصت عنها **(فيكون فاقداً للصبغ)** لاستهلاكه كما مرّ فيضارب بثمنه مع الرجوع في الثوب من جهته بخلاف ما إذا زادت وهو الباقي بعد الاستثناء فهو محل الرجوع فيهما فإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ فالمفلس شريك بالزائد عليها ، وقيل لا شيء له ، وإن كانت أقلّ لم يضارب بالباقي أخذاً مما تقدّم في القصارة ، بل إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بثمنه **(ولو اشتراهما)** أي الثوب والصبغ **(من اثنين)** الثوب من واحد والصبغ من آخر وصبغه به ثم حجر عليه وأراد

فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغاً عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصَّبْغِ اشْتَرَكَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِها فَالأَصَحُّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ .

البائعان الرجوع (**فإن لم تزد قيمته مصبوغاً على قيمة الثوب**) قبل الصبغ بأن ساوت أو نقصت (**فصاحب الصبغ فاقد**) له فضارب بثمنه وصاحب الثوب واجد له ، فيرجع فيه ولا شيء له في صورة النقص أخذاً مما مرّ في القصارة (**وإن زادت بقدر قيمة الصبغ اشتركا**) في الرجوع في الثوب ، وعبارة المحرّر : فلهما الرجوع ويشتركان فيه ، وهي أولى من عبارة المصنف وفي كيفية الشركة ما مرّ (**وإن زادت**) ولم تفِ بقيمتهما فالصبغ ناقص ، فإن شاء بائعه قنع به ، وإن شاء ضارب بثمنه أو زادت (**على قيمتهما**) أي : الثوب والصبغ جميعاً (**فالأصح أن المفلس شريك لهما**) أي البائعين (**بالزيادة**) على قيمتهما ، فإذا كانت قيمة الثوب أربعة مثلاً والصبغ درهمين وصارت قيمته مصبوغاً ثمانية ، فالمفلس شريك لهما بالربع . والثاني : لا شيء له والزيادة لهما بنسبة مالهما .

تنبيه : للمفلس والغرماء قلع الصبغ إن اتفقوا عليه ويغرمون نقص الثوب كالبناء والغراس ، ولصاحب الصبغ الذي اشتراه المفلس من صاحب الثوب قلعه ويغرم نقص الثوب ، ولمالك الثوب قلعه مع غرم نقص الصبغ ، قاله المتولي ومحل ذلك إذا أمكن قلعه بقول أهل الخبرة وإلا فيمنعون منه ، نقله الزركشي عن ابن كج في الأولى وفي معناه الأخيرتان .

خاتمة : أفتى ابن الصلاح وغيره في رجل ثبت إعساره ثم كتب عليه مسطور بدين وأشهد عليه أنه مليء به أنه يثبت بذلك يساره لتمكنه من صرف ما استدانه ، وإقراره بالملاء به يسري إلى كل دين ، ولو أخفى شخص بعض ماله فنقص الموجود عن دينه فحجر عليه ورجع البائع في عين ماله وتصرّف القاضي في باقي ماله ببيعه وقسم ثمنه بين غرمائه ثم بَانَ أنه لا يجوز الحجر عليه لم ينقض تصرّفه إذ للقاضي بيع مال الممتنع من قضاء دينه وصرفه في دينه ، ورجوع البائع في العين المبيعة لامتناع المشتري من أداء الثمن مختلف فيه ، وقد حكم به القاضي معتقداً جوازه بخلاف ما إذا لم يعتقد ذلك فينقض تصرّفه .

بَابُ ٱلحَجْرِ

مِنْـهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُـرَمَاءِ ، وَالـرَّاهِنِ لِلْمُـرْتَهِنِ ، وَالمَـرِيضِ لِلْوَرَثَـةِ ، وَالعَبْـدِ لِسَيِّدِهِ ، وَالمُـرْتَدِّ

بَابُ ٱلحَجْرِ

هـو لغة المنـع ، وشرعـاً المنع من التصـرّفات المـالية[1] . والأصـل فيه قـوله تعـالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء : ٦] الآية ، وقولـه تعالى ﴿فَـإِنْ كَانَ الَّـذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً﴾ [البقرة : ٢٨٢] الآية ، وقد فسر الشافعي رضي الله عنه السفيه بالمبذر والضعيف بالصبيّ ، والكبير بـالمختلّ ، والـذي لا يستطيـع أن يملّ بـالمغلوب على عقله ، فـأخبر الله تعـالى أن هؤلاء ينوب عنهم أوليـاؤهم ، فدلّ على ثبـوت الحجر عليهم ، والحجر نوعان : نوع شرع لمصلحة الغير ، و(**منه حجر المفلس**) أي الحجر عليه في مالـه كما سبق بيانه (**لحق الغرماء والراهن للمرتهن**) في العين المرهونة (**والمـريض للورثة**) فيمـا زاد على الثلث حيث لا دين . قال الزركشي تبعاً للأذرعي : وفي الجميع إن كان عليـه دين مستغرق ، والذي في الشرح والروضة في الوصايا عند ذكر ما يعتبر من الثلث أن المريض لو وفى دين بعض الغرماء فلا يزاحمه غيره إن وفى المال جميع الـديون وكـذا إن لم يوف على المشهور ، وقيل لهم مزاحمته كمـا لو أوصى بتقـديم بعض الغرمـاء بدينـه لا تنفذ وصيتـه ، فكلام الزركشي إنما يأتي على هـذا (**والعبد لسيـده**) والمكاتب لسيـده ولله تعالى (**والمـرتدّ**

---

(١) الحجر لغة : بفتح الحاء وهو في اللغة : المنع ، ومنه سمي الحرام حجراً بكسـر الحاء وفتحهـا وضمها ، ويسمى العقل حجراً ، لكونه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته .

انظر : الصحاح ٢/٦٢٣ ، والمصباح المنير ١/١٩٠ ، لسان العرب ٢/٧٨٢ ـ ٧٨٤ .

واصطلاحاً :

وعرّفه الحنفية بأنه : منع نفاذ تصرف قولي .

وعرّفه الشافعية بأنه : المنع من التصرفات المالية كما هنا في المغني .

وعرّفه المالكية بأنه : صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته ، كما توجب منعه من نفوذ تصرفه في تبرعه بزائد على ثلث ماله .

وعرّفه الحنابلة بأنه : منع الإنسان من التصرف في ماله .

انظر : حاشية بن عابدين ٥/٩٢ ـ ٩٣ ، مجمع الأنهر ٢/٤٣٧ ، المهذب للشيرازي ١/٣٢٨ ، نهاية المحتاج ٤/٣٥٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٩٢ ، أسهل المدارك ١/١٥٧ ، كشاف القناع ٣/٦١٤ ـ ٤١٧ ، الإقناع ٢/٢٠٧ .

لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوابٌ: وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجْرُ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالمُبَذِّرِ ، فَبِالجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلاَيَاتُ ، وَاعْتِبَارُ الأَقْوَالِ ، وَيَرْتَفِعُ بِالإِفَاقَةِ ،

للمسلمين) أي لحقهم **(ولها أبواب)** تقدم بعضها وبعضها يأتي ، وأشار المصنف بقوله منه إن هذا النوع لا ينحصر فيما ذكره وهو كذلك ، فقد ذكر الإسنوي أنواع الحجر لحقّ الغرماء ثلاثين نوعاً غير ما ذكره المصنف فليراجع ذلك من المهمات ، ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه وهو ما ذكره بقوله **(ومقصود الباب حجر المجنون والصبي والمبذر)** بالمعجمة ، وسيأتي تفسيره ، وحجر كل من هذه الثلاثة أعمّ مما بعده ، وزاد الماوردي نوعاً ثالثاً ، وهو ما شرع للأمرين يعني مصلحة نفسه وغيره وهو المكاتب ومَن له أدنى تمييز فكالصبي المميز في الحجر عليه في التصرّفات المالية ، وإن نظر في ذلك السبكي **(فبالجنون تنسلب الولايات)** الثابتة بالشرع كولاية النكاح أو بالتفويض كالإيصاء والقضاء ؛ لأنه إذا لم يلِ أمر نفسه فأمر غيره أولى . فإن قيل : لمَ عبر بالانسلاب دون الامتناع هل لذلك من فائدة ؟ . أجيب بنعم ، وذلك لأن الامتناع لا يفيد السلب بخلاف عكسه بدليل أن الإحرام مانع من ولاية النكاح ولا يسلب ، ولهذا يزوّج الحاكم دون الأبعد **(واعتبار الأقوال)** له وعليه في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات لعدم قصده ، وسكت المصنف عن الأفعال . فمنها ما هو معتبر كإحباله وإتلافه مال غيره وتقرير المهر بوطئه وترتب الحكم على إرضاعه والتقاطه واحتطابه واصطياده وعمده عمد على الصحيح : أي حيث كان له نوع تمييز . ومنها ما هو غير معتبر كالصدقة والهدية ، ولو أحرم شخص ثم جنّ فقتل صيداً لم يلزمه جزاؤه كما مر في بابه ، والصبي كالمجنون في الأقوال والأفعال إلا أن الصبي المميز يعتبر قوله في إذن الدخول وإيصال الهدية ، ويصح إحرامه بإذن وليه كما مرّ في بابه ، وتصحّ عبادته ، وله إزالة المنكر ويثاب عليه كالبالغ . قاله في زيادة الروضة في باب الغصب . وأما إسلام سيدنا علي رضي الله تعالى عنه فكان الحكم إذ ذاك منوطاً بالتمييز ، وألحق القاضي بالمجنون النائم والأخرس الذي لا يفهم . قال الأذرعي : وفيه نظر إذ لا يتخيل أحد أن النائم يتصرف عليه وليه . وأما الأخرس المذكور فإنه لا يعقل ، وإن احتيج إلى إقامة أحد مقامه فينبغي أن يكون هو الحاكم اهـ وهو كما قال ، وإنما ألحقه به في عدم صحة تصرفه فلا وليّ له مطلقاً ، وإن قال بعض المتأخرين : لعل كلام القاضي محمول على نائم أحوج طول نومه إلى النظر في أمره وكان الإيقاظ يضره مثلاً **(ويرتفع)** حجر المجنون **(بالإفاقة)** من الجنون من غير احتياج إلى فك ، وقضيته عود الولايات واعتبار

وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيداً ، والْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ،

الأقوال . نعم لا تعود ولاية القضاء ونحوه إلا بولاية جديدة (**وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً**) لقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء : ٦] ، الآية والابتلاء : الاختبار والامتحان ، والرشد ، ضدّ الغيّ كما مرّ في خطبة الكتاب وفي سنن أبي داود «لَا يُتْمَ بَعْدَ ٱلاحْتِلَامِ »(١) والمراد من إيناس الرشد العلم به ، وأصل الإيناس الإبصار ، ومنه ـ آنَسَ مِنْ جَانِبِ الطُّورِ نَاراً ـ : أي أبصر .

تنبيه : قوله : رشيداً عبر به جماعة ، ومنهم مَن قال بالبلوغ . قال الشيخان : ليس هذا اختلافاً محققاً بل مَن قال بالأوّل أراد الإطلاق الكلي ، ومَن قال بالثاني أراد حجر الصبا ، وهذا أولى ؛ لأن الصبا سبب مستقل بالحجر ، وكذا التبذير وأحكامهما متغايرة ، ومَن بلغ مبذراً فحكم تصرّفه حكم تصرّف السفيه لا حكم تصرّف الصبي اهـ . قال الإسنوي : كلام الكتاب لا يستقيم إن قرىء بلفظ الصبا بكسر الصاد ، وإن قرىء بفتحها استقام . لكنه بعيد عن كلامه اهـ . قال ابن شهبة : والمحفوظ قراءته بفتحها ولا بعد فيه فليتأمل اهـ ولو بلغ وادّعى الرشد وأنكره وليه لم ينفك الحجر عنه ولا يحلف الولي كالقاضي والقيم بجامع أن كلا أمين ادّعى انعزاله ؛ ولأن الرشد يوقف عليه بالاختبار فلا يثبت بقوله . قال الأذرعي : ولأن الأصل يعضد قوله ، بل الظاهر أيضاً لأن الظاهر في قريب العهد بالبلوغ عدم الرشد ، فالقول قوله في دوام الحجر إلا أن تقوم بينة بالرشد (**والبلوغ**) يحصل إما (**باستكمال خمس عشرة سنة**) قمرية كما صرّح به في المحرّر تحديدية كما قاله المصنف في الأصول والضوابط ، وكما يؤخذ من كلامه الآتي لخبر ابن عمر «عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا آبْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ الخَنْدَقِ وَأَنَا آبْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي وَرَآنِي بَلَغْتُ» رواه ابن حبان وأصله في الصحيحين ، وابتداؤها من انفصال جميع الولد ، والمراد بقول ابن عمر : وأنا ابن أربع عشرة سنة : أي طعنت فيها ، وبقوله : وأنا ابن خمس عشرة سنة : أي استكملتها ؛ لأن غزوة أحد كانت في شوّال سنة ثلاث ، والخندق كان في جمادى سنة خمس .

فائدة : قال القمولي : قال الشافعي : ردّ النبي ﷺ سبعة عشر من الصحابة وهم أبناء

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) والطحاوي في المشكل والبيهقي ٥٧/٧ ، ١/ ٢٨٠ وعبد الرزاق (١١٤٥٠) والطبراني في الصغير ٩٦/١ والكبير ١٦/٤ وانظر نصب الراية ٢١٩/٣ والتلخيص ١٠١/٣ .

أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ ، وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ ، وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ

أربع عشرة ؛ لأنه لم يرهم بلغوا . ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة فأجازهم . منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر (**أو خروج المني**) لوقت إمكانه من ذكر أو أنثى لقوله تعالى ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُم الحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور : ٥٩] ولخبر «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ» والحلم الاحتلام ، وهو لغة ما يراه النائم ، والمراد به هنا خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره ، وقيل : لا يكون في النساء ؛ لأنه نادر فيهنّ .

تنبيه : تعبيره بخروج المني أعمّ من تعبير أصله بالاحتلام قاله في الدقائق . وأجيب عن أصله بأنه تبع في ذلك لفظ الحديث ، وبما مرّ من أنه المراد ، وكلام المصنف يقتضي تحقق خروج المني ، فلو أتت زوجة صبي يمكن بلوغه بولد لأكثر من ستة أشهر لحقه ولا يحكم ببلوغه به وهو المنصوص ، ونقله الرافعي في باب اللعان عن الأصحاب ؛ لأن الولد يلحق بالإمكان والبلوغ لا يكون إلا بتحققه ، وعلى هذا لا يثبت إيلاده إذا وطىء أمة وأتت بولد وهو كذلك وإن صوّب البلقيني ثبوته والحكم ببلوغه . وحكى النجوري في المسألة قولين : أحدهما هذا ، والثاني : يكون به بالغاً وأجراهما في أنه هل يستقرّ به كل المهر أو لا ؟ (**ووقت إمكانه استكمال تسع سنين**) قمرية بالاستقراء . وأفهم قوله استكمال أنها تحديدية وهو كذلك كما مرّ ، وإن بحث بعض المتأخرين أنها تقريبية كالحيض ؛ لأن الحيض ضبط له أقلّ وأكثر ، فالزمن الذي لا يسع أقلّ الحيض والطهر وجوده كالعدم بخلاف المنيّ ، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى ، وقيل وقته في الذكر نصف العاشرة ، وقيل تمامها ، وقيل وقته في الأنثى أوّل التاسعة ، وقيل نصفها (**ونبات**) شعر (**العانة**) الخشن الذي يحتاج في إزالته لنحو حلق (**يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر**) ومن جهل إسلامه لخبر عطية القرظي قال «كُنْتُ فِي سَبْيِ بَنِي قُرَيْظَةَ فَكَانُوا يَنْظُرُونَ مَنْ أَنْبَتَ الشَّعْر قُتِلَ وَمَنْ لَمْ ينبتْ لَمْ يُقْتَلْ ، فَكَشَفُوا عَانَتِي فَوَجَدُوهَا لَمْ تَنْبُتْ فَجَعَلُونِي فِي السَّبِي» رواه ابن حبان والحاكم والترمذي وقال : حسن صحيح[1] ، وقول المصنف يقتضي أن ذلك ليس بلوغاً

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/١٤١ في الحدود «٤٤٠٤» .
أخرجه النسائي ٦/١٥٥ في الطلاق .
أخرجه ابن ماجه ٢/٨٤٩ في الحدود «٢٥٤١» .
صححه الترمذي ٤/١٢٣ في السير «١٥٨٤» .

لَا الْمُسْلِمِ فِي الأَصَحِّ ، وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضاً وَحَبَلاً ،

حقيقة بل دليل له وهو كذلك ولهذا لو لم يحتلم وشهد عدلان أن عمره دون خمس عشرة سنة لم يحكم ببلوغه بالإنبات قاله الماوردي ، وقضيته أنه دليل البلوغ بالسنّ . قال السبكي : والذي يظهر أنه علامة على أحد الأمرين لا بعينه . وقال الإسنوي : يتجه أنه دليل للبلوغ بأحدهما ووقت إمكان نبات العانة وقت الاحتلام ذكره الرافعي وأسقطه من الروضة ، ويجوز النظر إلى عانة مَن احتجنا إلى معرفة بلوغه على الأصح للحديث ، وقيل يمس من فوق حائل ، وقيل يدفع إليه شمع أو نحوه فيلصقه .

تنبيه : قوله : نبات العانة يقتضي أن العانة هي المنبت لا النابت وفيه خلاف لأهل اللغة ، وخرج بها شعر الإبط واللحية ، فليس دليلاً للبلوغ لندورهما دون خمس عشرة سنة ؛ ولأن إنباتهما لو دلّ على البلوغ لما كشفوا العانة في وقعة بني قريظة لما فيه من كشف العورة مع الاستغناء عنه ، وفي معناهما الشارب وثقل الصوت ونهود الثدي ونتف طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة ونحو ذلك ، وقوله : ولد الكافر يقتضي كونه علامة في الذكر والأنثى وهو كذلك ، وإن نقل السبكي عن الجوزي أنه ليس علامة في حق النساء ، لأنهن لا يقتلن ، والخنثى لا بدّ أن ينبت على فرجيه معاً كما صرّح به الماوردي والدارمي وغيرهما **(لا المسلم في الأصحّ)** ، فلا يكون علامة على بلوغه لسهولة مراجعة آبائه وأقاربه من المسلمين بخلاف الكفار ؛ ولأنه متهم فربما استعجل الإنبات بالمعالجة دفعاً للحجر وتشوّفاً للولايات بخلاف الكافر فإنه يفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية ، وهذا جرى على الأصل والغالب ، وإلا فالأنثى والخنثى والطفل الذي تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين لموت أو غيره حكمهم كذلك ، فإن الخنثى والمرأة لا جزية عليهما مع أن الحكم فيهما ما ذكر ، ومن تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين لا يحكم ببلوغه بما ذكر مع فقدان العلة ، فقد جروا في تعليلهم على الغالب **(وتزيد المرأة حيضاً)** لوقت إمكانه على ما ذكر من السنّ وخروج المني ونبات العانة الشامل لها كما مرّ **(وحبلاً)** كذا قاله جمع من الأصحاب ، وزيفه الماوردي والروياني ؛ لأنه يستدلّ بالإنزال ؛ لأن الولد يخلق من الماءين ، فإذا وضعت المرأة حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر ولحظة ، وهذا هو مرادهم بلا شك ، فإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق بالزوج حكمنا ببلوغها قبل الطلاق بلحظة .

تنبيه : سكت المصنف عن الخنثى المشكل . وحكمه أنه لو أمنى بذكره وحاض

وَالـرُّشْدُ صَـلاَحُ الدِّينِ وَالمَالِ ، فَلاَ يَفْعَلُ مُحَرَّماً يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ،

بفرجه حكم ببلوغه في الأصح ، فإن وجد أحدهما أو كلاهما من أحد فرجيه فلا يحكم ببلوغه عند الجمهور لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه . وقال الإمام : ينبغي الحكم ببلوغه بأحدهما كالحكم بالاتضاح به ثم يغير إن ظهر خلافه . قال الرافعي : وهو الحق ، وسكت عليه المصنف ، والمعتمد الأوّل . وأما قول الإمام كالحكم بالاتضاح به ، ففرّق ابن الرفعة بين الحكم بالبلوغ بذلك وبين الحكم بالذكورة والأنوثة بأن احتمال ذكورته مساو لاحتمال أنوثته ، فإذا ظهرت صورة منيّ به أو حيض في وقت إمكانه غلب على الظنّ الذكورة أو الأنوثة فتعين العمل به مع أنه لا غاية بعده محققة تنتظر، ولا يحكم بالبلوغ ؛ لأن الأصل الصبا فلا نبطله بما يجوز أن يظهر بعده ما يقدح في ترتب الحكم عليه مع أن لنا غاية تنتظر، وهي استكمال خمس عشرة سنة. وأما قوله: ثم يغير إن ظهر خلافه، فقال الأذرعي تغيير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التي تبقى معها الحياة ظاهر ، لكن إذا حكمنا ببلوغه رتبنا عليه أثره من القتل بقود وردّة وغيرهما مع بقاء الشكّ في البلوغ ، وفيه بعد اهـ . وقال المتولي : إن وقع ذلك مرّة لم يحكم ببلوغه وإن تكرّر حكمنا به . قال المصنف : وهو حسن غريب . قال الإسنوي : الاستدلال بالحيض على الأنوثة وبالمنيّ عليها أو على الذكورة شرطه التكرار ، والإمام والرافعي استندا في تصويب الأخذ بأحد الأمرين إلى القياس على الأخذ بالذكورة أو الأنوثة ، فعلم أن صورة ذلك في التكرار أيضاً اهـ ، فعلم من ذلك أن كلام الإمام موافق لكلام المتولي . فإن قيل لا منافاة بين الحيض وخروج المنيّ من الذكر لما مرّ أنه يجب الغسل بخروج المنيّ من غير طريقه المعتاد ؟. أجيب بأن محلّ ذلك مع انسداد الأصلي ، وهو منتف هنا (**والرّشد صلاح الدين والمال**) جميعاً كما فسر به ابن عباس وغيره قوله تعالى ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً﴾ [النساء : ٦] ، وفي وجه أنه صلاح المال فقط . فإن قيل الرّشد الواقع في الآية نكرة ، وهو في سياق الإثبات فلا يعمّ ، ولذلك مال ابن عبد السلام إلى هذا الوجه ؟. أجيب بأن النكرة الواقعة في سياق الشرط تعمّ كما صرّح به إمام الحرمين وشملت عبارة المصنف الكافر فيعتبر فيه ما هو صلاح عندهم في الدين والمال كما نقله في زيادة الرّوضة عن القاضي أبي الطيب وغيره وأقرّه ، ثم بين صلاح الدين بقوله (**فلا يفعل محرماً يبطل العدالة**) من كبيرة أو إصرار على صغيرة ولم تغلب طاعاته على معاصيه ، واحترز بالمحرم عما يمنع قبول الشهادة لإخلاله بالمروءة ، كالأكل في السوق فإنه لا يمنع الرّشد ، لأن الإخلال المختلف فيه بالمروءة ليس بحرام على المشهور . وحكى بعضهم في ذلك ثلاثة أوجه : ثالثها : إن كان يحمل شهادة حرم عليه وإلا فلا ، ولو شرب

وَلَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ المَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي المُعَامَلَةِ أَوْ رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ ، وَالأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الخَيْرِ وَالمَطَاعِمِ وَالمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ ،

النبيذ المختلف فيه فعن التجريد والاستذكار إن كان يعتقد حله لم يؤثر أو تحريمه فوجهان ، وينبغي أنه يؤثر ، وإصلاح المال بقوله (**ولا يبذر بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة**) ونحوها ، وهو ما لا يحتمل غالباً كما سيأتي في الوكالة ، بخلاف اليسير : كبيع ما يساوي عشرة بتسعة ، وهذا كما قال شيخي إذا كان جاهلاً بالمعاملة ، أما إذا كان عالماً وأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقة خفية محمودة (**أو رميه**) أي المال وإن قلّ (**في بحر**) أو نار أو نحو ذلك (**أو إنفاقه في محرم**) ولو صغيرة لما فيه من قلة الدين .

تنبيه : التبذير : الجهل بمواقع الحقوق ، والسرف : الجهل بمقادير الحقوق قاله الماوردي في آداب الدين والدنيا وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما ، ولو عبر المصنف بالإضاعة أو الغرامة كان أولى من التعبير بالإنفاق ؛ لأنه يقال فيما أخرج في الطاعة ، ويقال في المكروه والمحرم : ضيع وخسر وغرم كما مرّت الإشارة إلى ذلك في خطبة الكتاب (**والأصحّ أن صرفه**) أي المال وإن كثر (**في الصدقة ، و**) باقي (**وجوه الخير**) كالعتق (**والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير**) أما في الأولى فلأن له في الصرف في الخير غرضاً وهو الثواب ، فإنه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف ، وحقيقة السرف : ما لا يكسب حمداً في العاجل ولا أجراً في الآجل ، ومقابل الأصح فيها يكون مبذراً إن بلغ مفرطاً في الإنفاق ، فإن عرض له ذلك بعد البلوغ مقتصداً فلا ، وأما في الثانية ؛ فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ ، ومقابل الأصحّ فيها يكون تبذيراً عادة[1] .

---

(١) اتفقت كلمة العلماء على أن المحجور عليه الصغير إذا بلغ وأونس منه الرشد فك عنه الحجر وسلم إليه ماله .

ولكنهم اختلفوا هل يزول الحجر عنه بالبلوغ والرشد بدون مزيل أو لا بد مع ذلك من فك القاضي إن كان الذي يلي أمر الصبي مقاماً من قبله ، أو لا بد من فك الوصي إن كان هو الذي يلي أمر المحجور .

فقال الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية : يزول الحجر بنفسه ، ولا يحتاج إلى فك ولا إزالة متى بلغ الصبي رشيداً سواء أكانت الولاية للأب أم للوصي أم للمقدم من قبل القاضي .

وقال المالكية : إن كان ولي الصغير هو الأب ارتفع الحجر عنه بالبلوغ ، وإيناس الرشد بدون حاجة إلى فك منه ، وإن كان غير الأب من وصي أو مقدم قاص فلا يرتفع عنه إلا بفك الوصي والمقدم .

قد استدل الأولون :

وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ

تنبيه : قضية كون الصرف في المطاعم والملابس التي لا تليق به ليس بتبذير أنه ليس بحرام وهو كذلك . فإن قيل : قال الشيخان في الكلام على الغارم . وإذا كان غرمه في معصية كالخمر والإسراف في النفقة لم يعط قبل التوبة وجعله في المهمات تناقضاً . أجيب بأنهما مسألتان ، فالمذكور هنا في الإنفاق من خالص ماله فلا يحرم ، والمذكور هناك في الاقتراض من الناس ويتبسط فيها وهو لا يرجو الوفاء من سبب ظاهر فهو حرام ، وقد صرح في الروضة بأنه يحرم على الإنسان أن يقترض مال غيره وليس عنده ولا له ما يوفيه منه (**ويختبر رشد الصبيّ**) في الدين والمال لقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ أي اختبروهم . أما

= ١ ـ بقوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ .

ووجه الدلالة : أن الآية أفادت أن دفع المال إليه مشروط بشرطين : البلوغ وإيناس الرشد ، فإذا قلنا بأنه لا بد من فك وإزالة كان ذلك شرطاً زائداً عن النص ، ومعناه حينئذ أن البائع الرشيد يظل محجوراً عليه ما دام الحاجر عليه لم يفك الحجر ، ولم يأذن له في التصرف ، وهذا غاية الفساد .

٢ ـ إن سبب الحجر هو عدم العقل أو نقصانه ، وحيث إنه قد بلغ ورشد ، فقد زال عنه الحجر ، فإن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً .

٣ ـ إن الصغير منحجر لا محجور ، ومعناه أن الحجر لم يكن بحكم قاضٍ ، وشيء ثبت بدون مثبت وجب أن يزول بدون مزيل .

ولعل وجهة نظر المالكية في التفريق بين الأب وغيره أن حجر الأب على الصغير حجر أصالة ، وهو بذلك لا يحتاج إلى فك ، وأما حجر الوصي والمقدم ، فإنما كان بإدخال ، وجعل ، فاحتاج إلى فك منهما .

قال أبو حنيفة والشافعي والثوري وابن المنذر وأحمد في إحدى الروايتين عنه : متى بلغت الجارية راشدة وجب رفع الحجر عنها وتسليم مالها إليها كالذكر تزوجت أم لم تتزوج .

وقال مالك : يستمر الحجر عليها إلى أن يدخل بها الزوج ، ويشهد العدول بصلاح حالها إن كانت من ذوات الأب ، وإلى فك الوصي والمقدم إن كان الذي يلي أمرها هو الوصي أو المقدم .

وقال أحمد في الرواية الأخرى : يستمر الحجر عليها حتى تتزوج وتلد ، أو تمكث سنة في بيت زوجها .

وقد استدل الأولون :

١ ـ بقول الله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ الآية .

ووجه الدلالة : أن الآية علقت دفع المال إليهم على شرطين : بلوغ وإيناس رشد ، ولم تشترط ثالثاً هو الذكورة أو دخول الزوج أو مضي سنة أو فك وصي .

٢ ـ أنها صغير بلغ وأونس رشده ، فوجب أن يزول عنها الحجر ، ويدفع إليها المال كالذكر .

٣ ـ أنها بالغة رشيدة فيجوز لها التصرف في كل مالها كالّتي دخل بها الزوج .

واستدل مالك بالقياس ، وحاصله أن الأب له إجبارها على النكاح بدون إذنها فله الحجر عليها في مالها من باب أولى ؛ لأن النكاح يرجع إلى النفس ، وذلك يرجع إلى المال .

وَيَخْتَلِفُ بِالمَرَاتِبِ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا ، وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ والنَّفَقَة عَلَى الْقُوَّامِ بِهَا ، والمُحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ ،

في الدين فبمشاهدة حاله في العبادات وتجنب المحظورات وتوقي الشبهات ومخالطة أهل الخير ، وإنما عبر بالصبيّ وإن كانت الأنثى كذلك ؛ لأنه يذكر المرأة بعد (و) أما في المال فإنه (**يختلف باختلاف المراتب ، فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء**) على الخلاف الآتي فيهما (**والمماكسة فيهما**) وهو طلب النقصان عما طلبه البائع وطلب الزيادة على ما يبذله المشتري ، وإذا اختبر في نوع من التجارة كفى ولا يحتاج إلى الاختبار في جميعها كما ذكره الشيخ أبو حامد في تعليقه ، وولد السوقة كولد التاجر .

تنبيه : قضية كلامه صحة البيع والشراء من ولد التاجر ، والأصح عدم الصحة كما سيأتي ، فلو عبر بالمماكسة في البيع والشراء لكان أولى وأخصر (و) يختبر (**ولد الزرّاع بالزراعة والنفقة على القوام بها**) أي إعطاؤهم الأجرة وهم الذين استؤجروا على القيام بمصالح الزرع : كالحرث والحصد والحفظ (و) يختبر (**المحترف بما يتعلق بحرفته**) أي حرفة أبيه وأقاربه كما قاله في الكافي ، فيختبر ولد الخياط مثلاً بتقدير الأجرة وولد الأمير ونحوه بأن يعطى شيئاً من ماله لينفقه في مدّة شهر في خبز ولحم وماء ونحوه كما قاله في الكفاية تبعاً لجماعة ، ثم نقل عن الماوردي أنه يدفع إليه نفقة يوم في مدّة شهر ثم نفقة أسبوع ثم نفقة شهر . قال بعض المتأخرين : وهذا إنما يأتي على رأي مَن يقول بصحته اهـ

= وقد يرد بقيام الفارق ، فإن المعنى الذي من أجله كان لأبيها حق الإجبار هو أنها لا تدري مصلحة الزواج ، ولا تعلم أي زوج هو أفضل ، فربما نزت بها نزوة في شاب غرر بها وخدعها ، فكانت نكبة إن هي تخلصت منه فذلك شر ونحس ، وإن هي لم تستطع الخلاص منه ، فإما إلى حياة شقية تعسة ، وإما إلى حياة شريرة فاجرة ، والوقائع في عصرنا شاهدة بذلك .

وهذا المعنى غير متحقق في المال ؛ لأنها يمكنها أن تدبر فيه وجه المصلحة ، وإنا لا نعقل علاقة بين المال والنكاح .

واستدل أحمد بما روي عن شريح أنه قال : «عهد إليّ عمر بن الخطاب ألاّ أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً ، أو تلد ولداً» . والوجه : أن عدم الإجازة ليس إلا لكونها محجوراً عليها .

وقد يقال :

١ ـ لا نسلم صحة الحديث ، وإن سلمنا فهو لم يشتهر ، وأيّاً ما كان فمثله لا يترك به الكتاب ، والكتاب لم يشرط لدفع المال إلاّ شرطين : البلوغ وإيناس الرشد .

٢ ـ إنه يفيد منع العطية ، والعطية تصرف بدون عوض فلا يستلزم منعها من جميع تصرفاتها .

نظام الحجر للدكتور سليمان .

وَالمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ ، وَصَوْنِ الأَطْعِمَةِ عَنِ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا ، وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، وَقِيلَ بَعْدَهُ فَعَلَى الأَوَّلِ الأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ ،

وقد يقال المراد أنه يمتحن بذلك ، فإن أراد العقد عقد الوليّ كما سيأتي .

تنبيه : الحرفة الصنعة ، قاله الجوهري ، سميت بذلك ؛ لأنه ينحرف إليها ، ويختبر مَن لا حرفة لأبيه بالنفقة على العيال ، لأنه لا يخلو مَن له ولد عن ذلك غالباً (و) تختبر (المرأة بما يتعلق بالغزل والقطن) من حفظ وغيره ، والغزل يطلق على الصدر وعلى المغزول . قال الإسنوي : والظاهر أن المصنف إنما أراد المصدر : يعني أنها هل تجتهد فيه أو لا ، وقال الأذرعي : قوله بما يتعلق بالغزل والقطن : أي في بيتها إن كانت مخدّرة ، وإن كانت برزة ففي بيع الغزل وشراء القطن اهـ ، والأولى حمل كلام المتن على ما هو أعمّ من ذلك كما قدّرته أوّلاً ، وهذا كما قال السبكي فيمن يليق بها الغزل والقطن . أما بنات الملوك ونحوهم فلا تختبر بذلك بل بما يعمله أمثالها (وصون الأطعمة عن الهرّة) وهي الأنثى ، والذكر هرّ ، وتجمع الأنثى على هرر ، كقربة وقرب ، والذكر على هررة كقرد وقردة (ونحوها) كالفأرة والدجاجة ؛ لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع ، وذلك قوام الرّشد ، وقيل : إن المتبذلة كالرّجل في الاختبار قاله الصيمري ، والخُنْثَى تختبر بما يختبر به الذكر والأنثى جميعاً ليحصل العلم بالرّشد كما قاله ابن المسلم (ويشترط تكرّر الاختبار مرّتين أو أكثر) بحيث يغلب على الظنّ رشده فلا يكفي مرّة ؛ لأنه قد يصيب فيها اتفاقاً (ووقته) أي الاختبار (قبل البلوغ) لآية ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٦]، واليتيم إنما يقع على غير البالغ ، والمراد بالقبلية : الزمن القريب للبلوغ بحيث يظهر رشده ليسلم إليه المال كما أشار إليه الإمام عن الأصحاب (وقيل بعده) ليصحّ تصرّفه ، وردّ بأنه يؤدّي إلى أن يحجر على البالغ الرّشيد إلى أن يختبر وهو باطل ، والمخاطب بالاختبار على الأوّل كل وليّ ، وعلى الثاني وجهان : أحدهما كذلك ، والثاني : الحاكم فقط ، ونسب الجوزي الأوّل إلى عامة الأصحاب ، والثاني إلى ابن سريج ، ويختبر المرأة النساء والمحارم كما نقله ابن كج عن نصّ المختصر والبويطي (فعلى الأوّل الأصحّ) بالرّفع (أنه لا يصح عقده) لما مرّ من بطلان تصرّفه (بل) يسلم إليه المال و (يمتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد عقد الوليّ) لما تقرّر من بطلان تصرّفه ، والثاني : يصح عقده للحاجة ، وعلى الوجهين لو تلف المال

فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الحَجْرُ.وَإِنْ بَلَغَ رَشِيداً انْفَكَّ بِنَفْسِ الْبُلوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي ، فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجِرَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ يَعُودُ الحَجْرُ بِلَا إِعَادَةٍ ،

في يد الممتحن لم يضمنه الوليّ ؛ لأنه مأمور بالتسليم إليه ، وينبغي أن يختبر السفيه أيضاً ، فإذا ظهر رشده عقد ؛ لأنه مكلف **(فلو بلغ غير رشيد)** لاختلال صلاح الدين أو المال **(دام الحجر)** عليه لمفهوم الآية السابقة فيتصرف في ماله مَن كان يتصرف فيه قبل بلوغه وقوله : دام الحجر : أي الجنس لا حجر الصبا لانقطاعه بالبلوغ كما مرّ ويخلفه غيره **(وإن بلغ رشيداً انفكّ)** الحجر عنه **(بنفس البلوغ)** أو غير رشيد ثم رشد فبنفس الرشد **(وأعطي ماله)** ولو امرأة فيصح تصرفها حينئذ ولا يحتاج إلى إذن الزوج ، وأما ما رواه أبو داود «لَا تَتَصَرَّفُ المَرْأَةُ إلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا» فأشار الشافعي إلى ضعفه وعلى تقدير صحته فمحمول على الأولى **(وقيل يشترط فكّ القاضي)** لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد ، وردّ بأنه حجر ثبت بغير حاكم فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر الجنون ، وإنما جمع المصنف بين الانفكاك وإعطاء المال ليحترز عن مذهب مالك في المرأة فإنه قال : لا يسلم المال إلى المرأة حتى تتزوّج فإذا تزوّجت يدفع إليها بإذن الزوج ، ولا ينفذ تبرّعها بما زاد على الثلث ما لم تصر عجوزاً ، فقال له الشافعي : أرأيت لو تصدّقت بثلث مالها ثم بثلث الثلثين ثم بثلث الباقي هل يجوز التصرف الثاني والثالث إن جوّزت سلطتها على جميع المال بالتبرّع وإن منعت منعت الحرّ البالغ العاقل من ماله ، ولا وجه له **(فلو بذر بعد ذلك)** أي بعد بلوغه رشيداً **(حجر)** أي حجر القاضي **(عليه)** لا غيره من أب وجدّ لأنه في محل الاجتهاد، وإنما حجر عليه لآية ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء : ٥] أي أموالهم لقوله تعالى ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾ ولخبر «خُذُوا عَلَى يَدِ سُفَهَائِكُمْ» رواه الطبراني بإسناد صحيح ، ونقل الروياني عن الشافعي أن القاضي إذا حجر عليه استحب أن يردّ أمره إلى الأب والجدّ ، فإن لم يكن فسائر العصبات ؛ لأنهم أشفق ، ويسنّ له أن يشهد على حجر السفيه وإن رأى النداء عليه ليتجنب في المعاملة فعل ، وعلى هذا لو عاد رشيداً لم يرتفع الحجر إلا برفع القاضي له كما لا يثبت إلا به **(وقيل يعود الحجر بلا إعادة)** كالجنون وتصرفه قبل الحجر عليه صحيح ، والمشهور أن هذا هو السفيه المهمل ، ويطلق أيضاً على مَن بلغ غير رشيد ، وهذا لا يصح تصرفه ، فالخلاف في التسمية فقط ، ولا حجر بالغبن في تصرف دون تصرف لتعذر اجتماع الحجر وعدمه في شخص واحد ، ويؤيد ذلك قوله ﷺ «لِمَنْ قَالَ

وَلَوْ فُسِّقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي ،

لَهُ : إِنَّهُ يُخْدَعُ فِي بَعْضِ الْبُيُوعِ : مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ : لاَ خِلاَبَةَ» ولا حجر بالشحة على النفس مع اليسار لينفق بالمعروف ؛ لأن الحق له ، وقيل يحجر عليه . قال الماوردي : والقائل به لم يرد حقيقة الحجر فإنه صرّح بأنه لا يمنع من التصرّف ولكن ينفق عليه بالمعروف من ماله إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله لشدّة شحه فيمنع من التصرف فيه ؛ لأن هذا أشدّ من التبذير (**ولو فسق**) مع صلاح تصرّفه في ماله بعد بلوغه رشيداً (**لم يحجر عليه في الأصحّ**) ؛ لأن الأوّلين لم يحجروا على الفسقة . والثاني : يحجر عليه كالاستدامة وكما لو بذر ، وفرّق الأوّل بين استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ما هنا بأن الأصل ثم بقاؤه ، وهنا ثبت الإطلاق ، والأصل بقاؤه ، وبينه وبين الحجر بعود التبذير بأن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه بخلاف التبذير (**و**) على أنه لا بدّ من حجر القاضي في عود التبذير (**مَن حجر عليه لسفه**)[1] أي سوء تصرّف (**طرأ ، فوليه القاضي**) ؛ لأنه الذي يعيد

---

(١) وقد استدل مَن قال بالحجر على السفيه بالكتاب والسنّة والآثار والمعقول ، وهو قياس وغير قياس .

فأولاً ـ قوله تعالى : ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ الآية .

«والوجه» في ذلك أن الله تعالى جعل مَن عليه الحق أربعة أصناف :

١ ـ المستقل بنفسه ، وهو البالغ الرشيد .

٢ ـ السّفيه ، وهو البالغ غير الرشيد .

٣ ـ الضعيف ، وهو الصغير أو المجنون أو الشيخ الهرم .

٤ ـ الذي لا يستطيع أن يملّ ، وهو الأخرس أو هو الجاهل بما له وما عليه .

وهذه أصناف أربعة لا بد من التقابل بينها بحيث يكون كل واحد منها غير الآخر ، وإلا لزم أن يكون كلاماً غير بليغ ، ودون ذلك ، فلزم أن يكون كل واحد منها غير داخل في الآخر . وأيضاً فإن ذكر هذه الأصناف بحرف «أو» يقتضي كونها أموراً متغايرة ، وإذا كان الأول هو البالغ الرشيد الناطق وجب أن يكون الثلاثة غيره ، وهو إما بالغ غير رشيد كالسفيه والمجنون والشيخ الهرم ، وإما غير بالغ كالصبي ، وإما بالغ رشيد عاجز عن النطق ، وهو الأخرس . وقد جعل الله لكل هؤلاء ما عدا الأول ولاية عليه بقوله : «فليملل وليه بالعدل» وليس للولاية من معنى إلا التصرف عن المولى ، وهذا هو معنى الحجر .

«قال الإمام الشافعي» : وإنما أمر الله ولي السفيه بالإملال عنه ؛ لأنه أقامه مقامه فيما لا غنى له به عنه في ماله .

ولأبي حنيفة أن يقول في هذا الدليل :

١ ـ إنه ليس من الحتم أن يكون السفيه ما ذكرتم ، فلمَ لا يكون هو الصغير أو المجنون ، وحينئذ لا تدل الآية على مطلوبكم .

ولكنّ هذا غير ناهض فإن السفه في العرف يضادّ الرشد ، ولا ينافي البلوغ ، ولا يقابل العقل ، فليس =

وَقِيلَ وَلِيُّهُ في الصِّغَرِ

الحجر عليه ، إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت فينظر مَن له النظر العامّ **(وقيل وليه في الصغر)** كما لو بلغ سفيهاً ، ومحلّ الخلاف ما إذا قلنا : يعود الحجر بنفسه وإلا لم ينظر إلا القاضي

= عديم العقل سفيهاً ، وإنما هو مجنون . وأبو حنيفة نفسه يقول : إن السفيه يكابر عقله ويتابع هواه ، وهو بذلك يباين المجنون ، ولذلك كان عنده أهلاً للتكاليف ، وهو بهذا المعنى أيضاً لا يصدق على الصغير فلزم أن يكون هو في الآية البالغ غير الرشيد .

٢ ـ إن الضمير في قوله تعالى : ﴿فليملل وليه﴾ إنما يرجع إلى الدين المذكور قبل ، والمعنى أن الذي يملي هو مَن له الدين . فلم تثبت الولاية على هؤلاء المذكورين فلا حجر بهذه الآية .

وهو بعيد ، لأنه قول مدّع ، ولا يقبل لمدّع قول ، فإن تعذر قبول قوله فلا حاجة بنا إلى الكتابة والإشهاد .

٣ ـ إن الآية تقتضي نفاذ تصرف السفيه ، فإن الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى في صدر الآية : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ ثم قال : ﴿فليملل الذي عليه الحق﴾ والمعنى الحق الذي لزمه بهذه المداينة ، وأما قوله : ﴿فليملل وليه بالعدل﴾ فلا يثبت الولاية بمعنى التصرف عنه ؛ لأن عجزه عن الإملال قد يكون لعدم هدايته إلى الحساب أو لعدم إحسانه الإملال ؛ لأنه يحتاج إلى تأليف كلام ، وهو قد لا يعرف ما يدل له مما يدل عليه ، ومَن كان بهذه المثابة فهو بحاجة إلى مَن يملّ عنه ممن يحسن ذلك بعد إقرار المدين على نفسه ، وغالب الناس اليوم على هذا .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأنه غير متجه ، فإن الله سبحانه وتعالى أمر مَن عليه الحق بالإملاء إن كان بالغاً رشيداً أمّا إن منع من الإملال مانع بأن كان مَن عليه الدين سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملّ فقد أمر الله الولي بأن يمل عنه ، ولا نعني بالولي إلا مَن يلي أمره في التصرف عنه ، وهذا ما يفيده سياق الآية ، ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿فليكتب وليملل الذي عليه الحق الخ﴾ فإنه صريح فيما قلته ، ومن المعلوم أن الكاتب ليس بولي للسفيه ، على أن المعترض الذي قال إن الآية تقتضي نفاذ تصرف السفيه إنما بنى هذا الاعتراض على أن الخطاب في الآية عام ، وفاته أن عجز الآية قد خصص صدرها فاندفع هذا الاعتراض .

وثانياً ـ قوله تعالى : ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾ «ووجه الدلالة» أن الخطاب للأولياء بدليل الآية قبلها : ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ فكان المعنى أن الله أمر بإيتاء اليتامى أموالهم ، ولكن لمّا كان ذلك أمراً مطلقاً أراد الله أن يبين أن إيتاءهم أموالهم مشروط بأن يكونوا بالغين عقلاء راشدين ، وأمر بإمساك الأموال ما داموا سفهاء ، فتكون الآية التي هي موضع الاستدلال تقييداً للآية الأولى ، ويكون الكلام كله دائراً حول أموال اليتامى ووجوب حفظها ، وأن الأموال في الآية هي أموال السفهاء لا أموال المخاطبين بدليل قوله تعالى : ﴿وارزقوهم فيها واكسوهم﴾ ولو كانت أموال المخاطبين لقال الله تعالى : ﴿وارزقوهم منها﴾ ، فأفاد بالظرفية أن المال مال السفهاء ، وأنه على الأولياء أن ينفقوا عليهم من فائدة أموالهم بواسطة التجارة والتثمير ؛ وحيث ثبت أن المخاطبين هم الأولياء ، وأن الأموال أموال السفهاء ، وثبت أن الله تعالى أمر الأولياء بحفظها ، وعدم إيتائهم الأموال ما داموا كذلك فقد ثبت الحجر بالسفه .

قال الجصّاص : إن الخطاب للآباء والأموال أموال الآباء بدليل إضافتها إلى المخاطبين ، والله تعالى قد نهى الآباء عن أن يؤتوا مالهم هم أولادهم السفهاء ، وهم الصغار ؛ لأنهم لا يحسنون القيام عليه ولا =

وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ في الصِّغَرِ ، وَقِيلَ الْقَاضي ،

قطعاً قاله الروياني ، ولـو شهد عـدلان بسفه رجـل وفسرا قبلت شهـادتهما حسبـة (ولو طـرأ جنـون فـوليـه وليـه في الصغـر) وهـو الأب ثم الجـدّ (وقيـل) وليـه (القـاضي) والفـرق بين

= حفظه ، وفي ذلك إضاعة للمال ، وقد نهينا عنه .

«وهذا بعيد» فإن الآية لو كانت كذلك لكانت في غير اليتامى ، وسياق الآية وسباقها ولحاقها ينافيه ، فإن سياق الآية في أموال اليتامى وحفظها ، وسباقها في هذا المعنى أيضاً .

وأمّا اللحاق فقوله تعالى : ﴿وارزقوهم فيها واكسوهم﴾ فكانت أموال اليتامى لا أموال المخاطبين ، ثم هذه الوصية «وقولوا لهم قولاً معروفاً» ؛ لأنها بالأيتام أشبه ، فإن الأب مشفق بابنه بالطبع ، فهو ليس بحاجة إلى وصية ، ولا كذلك ولد الغير .

«ورب قائل يقول» : إذا كان الأمر على ما ذكرت فلمَ أضاف الأموال إلى المخاطبين ، وهو قد يشعر بغير المقصود ؟

«فنقول» : ذلك لأمر سام جليل ، وغرض صحيح نبيل ، وبيانه من وجهين :

«الأوّل» : أنها بالإضافة إليهم ، وهي ليست لهم كأنها أموال المخاطبين ، والإنسان حفيظ على ماله ضنين به ، يتوخى فيه وجوه المصلحة ، فكذلك يجب تصرفه في مال اليتيم .

«الثّاني» : أن الإضافة إنما حسنت إجـراء للوحدة بـالنوع مجـرى الوحـدة بالشخص على حـد قولـه تعالى : ﴿لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم﴾ الآية . وقوله تعالى : ﴿ثم أنتم هؤلاء تقتلون أنفسكم﴾ وقوله تعالى : ﴿فاقتلوا أنفسكم﴾ والإنسان لا يقتل نفسه ، ولكن يقتل غيره ، ولكن لمّا كان الكل من نوع واحد صح أن يقال ذلك ، فكذلك المال نوع واحد ، فإنه عصب الدولة وفقار الشعوب ، فدلت الآية على أن المال حيث كان مما يجب حفظه .

«وبعـد» فإن هذا الاستدلال يتم من هذا الوجه ، ولكن المتكلمين في التفسير اختلفوا في السفهاء على خمسة أقوال :

«الأوّل» : البالغون وغير الراشدين ، وهو السفيه الذي لا يحسن التصرف في ماله .

«الثّاني» : أن المراد بالسفهاء النساء قاله مجاهد وجويبر والضحاك ويؤيده :

١ ـ ما روي عن أمامة أن النبي ﷺ قال : «ألا إنما خلقت النار للسفهاء ، ألا وإن السفهاء النسـاء إلا امرأة أطاعت قيمها» .

٢ ـ وما روي عن أنس بن مالك أن امرأة سوداء ذات ملح خريسة المنطق جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله قل فينا خيراً مرة واحدة ، فإنه بلغني أنك قلت فينـا كل شـر ، فقال النبي ﷺ أي شيء قلت ؟ قالت : سميتنا السفهاء ، فقال النبي ﷺ : «سمّاكن الله في كتابه السفهاء» .

وعندي أن القول بأن السفهاء هم النساء غير وجيه ؛ لأن السفهاء جمع الذكور لا الإناث ، ولو سلم أنه قد تكون لغير الذكور فليس في الحديثين دلالة على أن المراد بالسفهاء في الآية النساء ، فإنه ليس يلزم من أن يكـون من النساء سفهـاء ، أن يكون السفهـاء النساء ؛ لأن الاسم لم يختص بهن ، وقـول الرسـول ﷺ : «سمّاكن الله في كتابه» لا يقتضي حتماً أن يكون وجه التسمية من هذه الآية على أن الحديثين فيهما مقال .

«الثّالث» : أن المراد بالسفهاء الصبيان قاله الزهري وابن زيد .

«الرابع» : أن المراد بالسفهاء الصبيان والنساء ، قاله ابن عباس والحسن وقتادة وابن جبير وسعيد . =

وَلَا يَصِحُّ مِنَ المَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ

التصحيحين أن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون (ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع) ولو بغبطة (ولا شراء) ولو في الذمة لمنافاة الحجر (ولا إعتاق) في

= «الخامس» : وقال ابن جرير : إن المراد من السفهاء كل مَن له عقل لا يفي بحفظ المال .

وهذا الرأي مستقيم ، وذلك لأن الأقوال التي مرت في معنى السفهاء تخصيص للغة بغير دليل ، وأنه لو أريد من السفهاء في الآية الصبيان فقط ، أو هم والنساء لم يستقم بها الاستدلال ، فإن السفه لا ينافي الصغر وإنما يجامعه ، ولكن مما قد يكون مشكلاً أن يكون السفه وصفاً يلازم النساء ، وعليه فليس لامرأة أن تضع مالها في يدها ، ولا تتصرف فيه فإن ذلك لم يقل به أحد من المسلمين . فإن ترجح أن السفه يقابل الرشد ، ولا ينطلق على الصغير أنه سفيه لزم أن السفهاء في الآية هم البالغون غير الراشدين فتنهض الآية دليلاً على الحجر بالسفه .

«وثالثاً» : قوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية .

«ووجه الدّلالة» : أن الله علّق دفع الأموال على شرطين : بلوغ النكاح وإيناس الرشد ، فلم يكن ليثبت بأحدهما ، وهو البلوغ فقط ، وكما لم يرتفع الحجر عن الصغير ، ولو أحسن التصرف في ماله عملاً بالشرط الآخر ، فكذلك لا يرتفع الحجر بالبلوغ دون الرشد عملاً بالشرط الآخر أيضاً .

وقد نوقش هذا الاستدلال :

١ ـ بأن تعليق الحكم على شرط لا يقتضي عدم الحكم إذا انعدم الشرط ، وهذا كلام بعيد عن مجاري كلام العرب ، فإن التعليق عندهم يعتمد الوجود عند الوجود والعدم عند العدم .

٢ ـ أن الشرط في الآية ﴿رشداً﴾ نكرة فإذا تحقق الشرط بوجه من الوجوه ترتب عليه جزاؤه لا محالة ، وأول أحوال البلوغ قد يقارنه السفه باعتبار أثر الصبا ، وبقاء أثر الصبا كبقاء عينه ، وإذا تطاول الزمن ، وظهرت الخبرة والتجربة لم يبقَ أثر الصبا فقد تجدد ضرب من الرشد لا محالة؛لأنه حال كمال له ، فقد ورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال : «ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين» وقال أهل الطباع : مَن بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ أشده .

وأجيب عن هذه المناقشة بأنه إذا كان ضرب من الرشد كافياً كما يشعر به قوله : إن الرشد في الآية نكرة ، وكان ذلك حاصلاً عند هذه السنّ لا محالة ، كان الدفع واجباً عند إيناس الرشد فلم يكن بين الإمام الأعظم وغيره خلاف .

غاية ما في الأمر أنه يبقى الخلاف بين الإمام وغيره في أن الرشد المعتبر شرطاً للدفع في الآية ماذا هو ؟ وهو أمر آخر وراء ما عرف عن الإمام في هذه المسألة .

فإن أريد بهذا الضرب من الرشد الذي أشار إليه التنوين هو الرشد في مصلحة المال فكونه لا بد وأن يحصل في سن خمس وعشرين سنة في حيّز المنع .

وإن أريد ضرب من الرشد كيفما كان فهو على فرض تسليم حصوله إذ ذاك لا يجدي نفعاً ؛ إذ الآية كالصريحة في اشتراط الرشد بمعنى صلاح المال وحفظه .

وعندي أن استدلال الجمهور قوي ، وذلك لسلامته من الاعتراضات ومن السنّة .

«فأولاً» : قد ثبت أنه ﷺ «ردّ صدقة الرجل الذي تصدّق بأحد ثوبيه» . أخرجه أصحاب السنن وصححه الترمذي . =

وَهِبَةٌ

حال حياته ولو بعوض كالكتابة لما مرّ . أما بعد الموت كالتدبير والوصية فالمذهب الصحة ولو لزمه كفارة يمين أو ظهار صام كمعسر لئلا يضيع ماله . وأما كفارة القتل فالصحيح في المطلب أن الوليّ يعتق عنه فيها ؛ لأن سببها فعل وهو لا يقبل الدفع ، بخلاف كفارة اليمين والظهار ، وقضية الفرق أنه يكفر في كفارة الجماع بالمال . قال السبكي : وكل ما يلزمه في الحج من الكفارات المخيرة لا يكفر عنه إلا بالصوم ، وما كان مرتباً يكفر عنه بالمال ؛ لأن سببه فعل : أي مع ترتبه ، وإلا فما قبله سببه فعل أيضاً ، وقضيته أنه يكفر عنه في كفارة الجماع بالمال وهو الأوجه كما قاله شيخنا : (و) لا (هبة) منه . أما الهبة له فالأصح في

= «وثانياً» : أنه رد البيضة على مَن تصدق بها ولا مال له غيرها .

«وثالثاً» : أنه ردّ عتق مَن أعتق عبداً عن دبر ولا مال له غيره .

«ووجه الدلالة» : أن الرسول عليه الصلاة والسلام ردّ تصرف هؤلاء ، واعتبر ذلك إسرافاً وتبذيراً ؛ وذلك لأن في الأحاديث ولا مال له غيرها ، أحد ثوبيه ، ولسنا نعقل سبباً للرد إلا هذا .

«وأمّا الآثار» :

«فأولاً» : ما روي عن عروة بن الزبير رضي الله عنه أن عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة ألف درهم ، فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال : لأتينّ عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه ، فاهتم لذلك عبد الله ، وجاء إلى الزبير رضي الله عنه ، وأخبره بذلك فقال له : أشركني فيها فأشركه ، ثم جاء عليّ إلى عثمان وسأله أن يحجر عليه ، فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟

«ووجه الدلالة» في الأثر أن عليًّا سأل عثمان أن يحجر على عبد الله ، وأن عبد الله اهتم لذلك حتى كان الزبير شريكه فيما ابتاع . وأن عثمان لم ينكر على عليّ سؤاله ، ولو كان الحجر بسبب السفه غير مشروع لم يسأله عليّ ، ولأنكره عثمان ، ولما اهتم عبد الله ، ولما احتال الزبير على إسقاط الحجر عنه بالشركة معه .

ثم لم ينقل عن أحد من الصحابة إنكار لذلك ، فدل على أن الحجر بالسفه كان أمراً مقرراً بينهم بدون نكير .

«وقد يقال» : إن الأثر لا يدل على الحجر ، بل هو على العكس يدل على عدم الحجر ، فإن عثمان لم يحجر على عبد الله ، ويمكن أن يحمل كلام عليّ على التهديد والتخويف ، ولو أن الحجر بالسفه كان مشروعاً لأجاب عثمان عليًّا إلى الحجر ، ولكنه لم يفعل .

«ونحن لا ندعي» أن في الأثر حجراً على عبد الله ، وإنما ادعينا أن الحجر بالسفه كان معروفاً بين الصحابة متقرراً ، وإنما الذي منع ذلك في عبد الله هو شريكه الزبير ، ويظهر أن الزبير كان معروفاً بحسن التصرف وقلة الغبن ، ويدل له قول عثمان : «كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟» ولو كان الحجر بسبب السفه غير مشروع لم يسأله عليّ ، ولو سأله لأنكره عثمان ، ولكن عليًّا سأل وعثمان لم ينكر .

«وثانياً» : أن عائشة رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روي أنها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها لتتصدق بالثمن ، فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال : «لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لأحجرن عليها» .

ووجه الدلالة : أن الحجر بسبب التبذير كان معروفاً عند الصحابة وإلّا لو كان غير مشروع فكيف =

وَنِكاحٌ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّـهِ ،

زوائد الرّوضة صحتها ؛ لأنه ليس بتفويت بل تحصيل ، ولا يصحّ قبول الـوصية كمـا اقتضاه كلام أصل الرّوضة ، وجزم به ابن المقري ؛ لأنه تصرّف ماليّ ، وجزم الماوردي والـرّوياني والجرجاني بـالصحة لقبـول الهبة ، والمعتمـد الأوّل ، والفرق بينهمـا كما قـال شيخي : إن قبول الوصية تملك ، بخلاف قبول الهبة ، وأيضاً قبول الهبـة يشترط فيـه الفور وربمـا يكون الوليّ غائباً فتفوت ، بخـلاف الوصيـة . قال المـاوردي : وإذا صححنا قبـول ذلك لا يجـوز تسليم الموهوب والموصى به إليه ، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب ؛ لأنه ملك الموصى به بقبوله بخلاف الموهوب (و) لا (نكاح) يقبله لنفسـه (بغير إذن وليـه) ؛ لأنه

= يستقيم لابن الزبير تهديد ، وهو إنما يهدّد عائشة أم المؤمنين التي كانت تفتي في دين الله وتعلمه .

«وهذا الأثر» لو صح لكان دليلاً للحنفية فقط ، أما غيرهم الذين يرون أنه لا سرف في المندوبات فلا يكون دليلاً عندهم .

ومعاذ الله أن تنسب عائشة الصديـقة إلى السّفة وعائشة وهي أعلم بدين الله من ابن الزبير حين بلغها قوله حلفت ألا تكلمه أبداً ، وعائشة لم تكن كالذي إذا قيل له اتقِ الله أخذته العـزة بالإثم ، ولـو أن الحجر بالسفه كان مشروعاً لم تحلف .

«ولكن يقال» : إن عائشة لم تكن ترى أن السرف في القربات موجباً للحجر ، ولعلّ ابن الزبير كان لا يعرف هذا .

«وأمّا القِيَاس» فهو أن السفيه كالصبي وحيث منع المال من الصبي فيمنع من السفيه ، بل هو أولى ، فإن المعنى الذي من أجله حجر على الصبي موجود في السفيه ، بل هو متحقق فيه أكثر ضرورة أنه حجر على الصبي لتوهم التبذير وهو متحقق في السفيه فإذا حجر بسبب موهوم فأولى أن يحجر بسبب محقق .

«قال أبو حنيفة» : إن في السفيه ما يمنع الحجر ، فإنه حر مكلف مخـاطب ولا كذلـك الصبي ، ولا يقاس مخاطب على غير مخاطب . ثم هما غير متساويين لأن الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال . وذلك لأن الحجر يقتضي بطلان تصرف المحجور عليه بخلاف منع المال فإنه لا يستلزم بطلان التصرفات .

«ويمكن الردّ» :

١ ـ بأن كون السفيه مخاطباً لا يفيد على ما أسلفنا فإنما حجر على الصغير لمعنى الإتلاف وهذا المعنى متحقق في السفيه .

٢ ـ وأن الحجر إنما هو للنظر له لا للعقوبة .

«وأمّا المعقول» غير القياس فهو أن التصرفات المالية إنما شرعت لمصالح العباد ومنافعهم وليس من المصلحة في شيء أن يمكن منها مَن لا يهتدي إلى وجوه النفع فيها ، وقد جاءت الشريعة فيما جاءت بمقصدٍ سامٍ هو حفظ المال .

«وبعـد» فإن الله تعالى جعل المال قياماً للناس ، وندب إلى حفظه في كثير من آيات كتابه وذم السفه والتبذير فقال تعالى : ﴿إن المبذرين كانـوا إخوان الشيـاطين وكان الشيـطان لربـه كفوراً﴾ ومـدح المؤمنين بالاعتدال في الإنفاق وعدم الإفراط فيه والتفريط فقال : ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين =

فَلَوِ اشْتَرَى أَوِ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ المَأْخُوذُ في يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلاَ ضَمَانَ في الحَالِ ، وَلاَ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَ ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ ،

إتلاف للمال ، أو مظنة إتلافه ، وقوله : بغير إذن وليه . قال الشارح : قيد في الجميع . وقال غيره : يعود إلى النكاح فقط فإنه الذي يصح بالإذن دون ما قبله كما سيأتي ، وإنما قال الشارح ذلك لأجل الخلاف الآتي وإلا فكلام غيره أنسب . أما قبول النكاح بالوكالة فيصح كما قاله الرافعي في الوكالة وأما الإيجاب فلا يصح مطلقاً لا أصالة ولا وكالة أذن الوليّ أم لا **(فلو اشترى أو اقترض)** من رشيد **(وقبض)** بإذنه أو إقباضه **(وتلف المأخوذ في يده)** قبل المطالبة له بردّه **(أو أتلفه فلا ضمان في الحال ، ولا بعد فك الحجر سواء علم حاله من عامله أو جهل)** ؛ لأن مَن عامله سلطه على إتلافه بإقباضه إياه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته ، وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها أنه لا يضمن ظاهراً ولا باطناً وبه صرّح الإمام والغزالي ، والذي نص عليه في الأم في باب الإقرار أنه يضمن بعد آنفكاك الحجر عنه ، وهذا هو الظاهر . أما لو قبضه من غير رشيد ، أو من رشيد بغير إذنه وإقباضه ، أو تلف بعد المطالبة فإنه يضمنه كما نقل القطع به في الصورتين الأوليين في الروضة عن الأصحاب ، وجزم به ابن المقري في الثالثة وفاقاً لتصريح الصيدلاني ، ولا معنى لاقتصار المصنف على الشراء والقرض فإنه لو نكح بلا إذن ووطىء لم يلزمه شيء كما صرّح به المصنف في باب النكاح ، ولو بقيت العين في يده حتى صار رشيداً وتمكن من ردّها ثم تلفت ولم يردّها ضمنها كما لو استقلّ بإتلافها ، قاله الدارمي في شرح المختصر . قال في المهمات : وهو ظاهر .

تنبيه : قوله سواء علم حاله من عامله أو جهل . قال ابن شهبة : لغة شاذة ، والمعروف أعلم حاله أم جهل بزيادة الهمزة مع علم وبأم موضع أو ، ولا ينافي ذلك قول الشارح في غير هذا الموضع سمع : سواء عليّ قمت أو قعدت **(ويصحّ بإذن الوليّ نكاحه)**

= ذلك قواماً﴾ ونهى رسول الله ﷺ عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال ، وقال : «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لهم من أن تتركهم يتكففون الناس» .

وقال ابن عباس ، وقد سئل بمَ ينقضي يتم اليتيم ؟ فقال لعمري ان الرجل لتنبت لحيته وإنه لضعيف الأخذ ضعيف العطاء فإذا أخذ لنفسه من صالح ما أخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم . والمال عصب الدول وفقار ظهورها ، ولا يمكن لأمة أن تقوم بمشروعات الخير والبر والإصلاح في النواحي المختلفة ولا أن تعبىء الجيوش لتذود بها عن أوطانها ومصالحها إلا بالمال ، فالمال يجب حفظه .

لَا التَّصَـرُّفُ المَالِيُّ فِي الأَصَحِّ ، وَلَا يَصِحُّ إِقْـرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْـلَ الحَجْرِ أَوْ بَعْـدَهُ ، وَكَذَا بِـإِتْلَافِ المَـالِ فِي الأَظْهَرِ ،

على ما سيأتي في باب النكاح ، فإن المصنف أعاد هذه المسألة هناك بشروطها ، وسنتكلم عليها هناك إن شاء الله تعالى (**لا التصـرّف المالي في الأصـح**) ؛ لأن عبارتـه مسلوبة كمـا لو أذن لصبيّ . والثاني : يصح كالنكاح ، وقال الإمام في كتاب النكاح : إنه المذهب ، وفرق الأوّل بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح ، ومحل الوجهين إذا عين له الـوليّ قدر الثمن وإلا لم يصح جزماً ، ومحلهما أيضاً فيما إذا كان بعوض كالبيع ، فإن كـان خاليـاً عنه كعتق وهبة لم يصح جزماً ، واستثنى من إطلاقه مسائل منهـا ما لو وجب عليـه قصاص فصالح بغير إذن وليه على الدية أو أكثر فليس للوليّ منعه . ومنها عقد الجزية فـإنه يصح منه مباشرته بدينار وإن لم يأذن له الـوليّ ، ولا يصح منـه ولا من الوليّ بـزيادة عليـه ، وفرق بينه وبين المصالحة على أكثر من الـدية بـأن صيانـة الروح عن القصـاص قد لا تحصـل إلا بزيادة عليه بخلاف عقـد الذمـة ، فإن الإمـام يجب عليه العقـد عند إعـطاء الدينـار ، وعقد الهدنة كـالجزيـة . ومنها مـا لو وجب لـه قصاص فـإن له العفـو على مال وكـذا مجانـاً على المذهب كما ذكره المصنف قبيل كتاب الديات . ومنها ما لو سمع قائـلاً يقول : مَن ردّ عليّ عبدي فله كذا فـردّه استحقّ الجعل كمـا يأتي في الجعـالة ؛ لأن الصبي يستحقـه ، فالبـالغ السفيه أولى . ومنها ما لو قبض دينه بإذن وليه . قال الرافعي : اعتدّ بـه في أرجح الـوجهين عند الحناطي . ومنها ما لـو وقع في أسـر ففدى نفسـه بمال فـإنه يصـح كما يصـح منه عقـد الجزية . ومنها ما لو فتحنا بلداً للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدّون خراجها فإنـه يصح كالجزية . ومنها ما لو أجر نفسه بماله التبرّع به من منافعه ، وهـو ما ليس عمله مقصـوداً في كسبه فإنه يصح . ومنها ما لو انتهى الأمر في المـطاعم إلى الضرورة . قـال الإمام : الـوجه عندي القطع بتجويز تصرّفاته (**ولا يصح إقراره**) بالنكاح كما لا يصـح نشؤه ، ولا (**بدين**) في معاملة أسند وجوبه إلى ما (**قبل الحجـر أو**) إلى ما (**بعـده**) كالصبي ، ولا يقبـل إقراره بعين في يـده في حال الحجـر (**وكذا بـإتلاف المـال**) أو جنايـة توجب المـال (**في الأظهر**) كـدين المعاملة. والثاني: يقبل، لأنه إذا بـاشر الإتـلاف يضمن، فإذا أقـرّ به قبـل. وردّ بأن الصبي يضمن بإتلافه ولا يقبل إقراره به جزماً.

تنبيـه : أفهم تعبيـره بعدم الصحـة أنه لا يـطالب به في حـال الحجر ولا بعـد فكـه ،

وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظِهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ ، وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ لٰكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرْضٍ أَعْطَى الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ ،

ومحله في الظاهر . وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيجب عليه بعد فك الحجر أداؤه إذا كان صادقاً في إقراره كما نصّ عليه في الأمّ ، ولو أقر بعد رشده أنه كان أتلف مالاً لزمه الآن قطعاً كما نقله في زيادة الروضة في باب الإقرار عن ابن كج **(ويصح)** إقراره **(بالحدّ والقصاص)** لعدم تعلقهما بالمال ولبعد التهمة ، ولو كان الحدّ سرقة قطع . ولا يلزمه المال ولو عفا مستحق القصاص بعد إقراره على مال ثبت ؛ لأنه تعلق باختيار غيره لا بإقراره **(و)** يصح **(طلاقه)** ورجعته **(وخلعه)** زوجته بمثل المهر وبدونه **(و)** يصح **(ظهاره)** وإيلاؤه وإيلاده **(ونفيه النسب)** لما ولدته زوجته **(بلعان)** ولما ولدته أمته بحلف ؛ لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال الذي حجر لأجله . وأما الخلع ، فلأنه إذا صحّ طلاقه مجاناً فبعوض أولى ، إلا أن المال يسلم إلى وليه وهو خاص بالرجل كما تقرّر للمعنى المذكور وصرّح به المصنف في باب الخلع وإن كان مطلاقاً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيانه في النكاح تسري جارية إن احتاج إلى الوطء فإن كرهها أبدلت .

تنبيه : لو حذف قوله بلعان لكان أخصر وأعمّ لشموله نفي ما يلحقه من أمته ، فإن السيد لا يلاعن بل يحلف على النفي كما مرّ ، ويصح استلحاقه النسب وينفق عليه من بيت المال . قال في زيادة الروضة ، ولو أقرّ باستيلاد أمته لم يقبل. قوله اهـ نعم إن ثبت أن الموطوءة فراش له وولدت لمدة الإمكان ثبت الاستيلاد ، قاله السبكي ، لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره **(وحكمه في العبادة)** الواجبة مطلقاً والمندوبة البدنية **(كالرشيد)** لاجتماع الشرائط فيه . أما المندوبة المالية كصدقة التطوّع فليس هو فيها كالرشيد **(لكن لا يفرق الزكاة بنفسه)** ؛ لأنه ولاية وتصرّف مالي . نعم إن أذن له الوليّ وعين له المدفوع إليه صحّ صرفه كنظيره في الصبي المميز ، وكما يجوز للأجنبي توكيله فيه ، ولا بدّ أن يكون ذلك بحضرة الوليّ أو مَن ينوب عنه كما بحثه الأذرعي ؛ لأنه قد يتلف المال إذا خلا به ، أو يدّعي صرفه كاذباً ، وكالزكاة في ذلك الكفارة ونحوها ، ويصح نذره في الذمة بالمال لا بعين ماله ، والمراد بصحة نذره فيما ذكر ثبوته في الذمة إلى ما بعد الحجر **(وإذا أحرم)** حال الحجر **(بحج فرض)** أصليّ أو قضاء أو منذور قبل الحجر وكذا بعده إذا سلكنا به مسلك واجب الشرع وهو الأصح **(أعطى الوليّ كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه)** ولو بأجرة ، أو

وإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ المعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ ، والمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ . قُلْتُ : وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا لِدَمِ الإِحْصَارِ بَدَلٌ ، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ المَالِ ، ولَوْ كَانَ لَهُ في طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ المُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

يخرج الوليّ معه كما مرّ في كتاب الحج خوفاً من تفريطه فيه ، وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام ، وأن العمرة كالحج فيما ذكر ، ولو أفسد حجه المفروض بالجماع في حال سفهه لزمه المضيّ فيه والقضاء ويعطيه الوليّ نفقة القضاء كما هو مقتضى إطلاق المصنف ، ومقتضى إطلاقهم كما قال الإسنوي : إن الحج الذي استؤجر قبل الحجر على أدائه له حكم ما تقدّم .

تنبيه : كان الأولى حذف اللام من الثقة ؛ لأن أعطى يتعدّى إلى مفعولين بنفسه **(وإن أحرم)** حال الحجر **(بتطوّع)** من حج أو عمرة ، أو بنذر بعد الحجر وسلكنا به مسلك جائز الشرع وهو الرأي المرجوح **(وزادت مؤنة سفره)** لإتمام النسك ، أو إتيانه به **(عن نفقته المعهودة)** في الحضر **(فللوليّ منعه)** من الإتمام أو الإتيان به صيانة لماله ، وظاهر كلام المصنف أنه يصح إحرامه بدون إذن وليه . قال الإسنوي : وفي الفرق بينه وبين الصبي المميز نظر وفرق السبكي بينهما باستقلال السفيه **(والمذهب أنه كمحصر فيتحلل)** ؛ لأنه ممنوع من المضيّ . والطريق الثاني وجهان أحدهما هذا . والثاني : لا يتحلل إلا بلقاء البيت كمن فقد زاده وراحلته **(قلت : ويتحلل بالصوم إن قلنا لدم الإحصار بدل)** وهو الأظهر كما مرّ في الحج ؛ **(لأنه ممنوع من المال)** أما إذا قلنا لا بدل له فإنه يبقى في ذمة المحصر . قال في المطلب ؛ ويظهر أنه يبقى في ذمة السفيه أيضاً **(ولو كان له في طريقه كسب قدر زيادة المؤنة لم يجز منعه ، والله أعلم)** ؛ لأن الإتمام بدون التعرّض للمال ممكن . قال في المطلب : وفيه نظر إذا كان عمله مقصوداً بالأجرة بحيث لا يجوز له التبرّع به . قال الأذرعي : وفي النظر نظر ؛ لأنه وإن كان كذلك لا يعدّ مالاً حاصلاً ، فلا يلزمه تحصيله مع غناه بخلاف المال الموجود في يد الوليّ . قال الغزالي : وما ذكره ابن الرفعة والأذرعي كلاهما عجيب ، فإن المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه فقط كما هو ظاهر عباراتهم . أما إذا أحرم بتطوّع قبل الحجر ثم حجر عليه قبل إتمامه فإنّه كالواجب كما ذكره في الروضة وأصلها في الحج .

فَصْــلٌ

وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ ثُمَّ جَدُّهُ ثُمَّ وَصِيُّهُمَا ثُمَّ الْقَاضِي ،

فصل
فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرّفه في ماله

(وليّ الصبيّ أبوه) بالإجماع ، ولو عبر بالصغير لكان أولى . وقال ابن حزم : إن الصبيّ يشمل الصبية ، كما قال : إن العبد يشمل الأمة **(ثم جدّه)** أبو الأب وإن علا كولاية النكاح ، وتكفي عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما فإن فسقا نزع القاضي المال منهما ، كما ذكره في باب الوصية ، وهل ينعزلان بالفسق؟ وجهان حكاهما القاضي حسين والإمام في باب العارية ، وينبغي الانعزال ، وعليه لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم ففي بطلانه وجهان . قال السبكي : ينبغي أن يكون أصحهما أنه لا يبطل ويثبت الخيار لمَن بعده من الأولياء ، ولا يعتبر إسلامهما إلا أن يكون الولد مسلماً ، فإن الكافر يلي ولده الكافر . لكن لو ترافعوا إلينا لم نقرّهم ونلي نحن أمرهم بخلاف ولاية النكاح ؛ لأن المقصود بولاية المال الأمانة ، وهي في المسلمين أقوى ، والمقصود بولاية النكاح الموالاة ، وهي في الكافر أقوى ، قاله الماوردي **(ثم وصيهما)** أي وصي مَن تأخر موته منهما ؛ لأنه يقوم مقامه وشرطه العدالة كما سيأتي في الوصية **(ثم القاضي)** أو أمينه لخبر «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» رواه الترمذي وحسَّنَهُ والحاكم وصححه ، ولو كان اليتيم ببلد وماله في آخر فالوليّ قاضي بلد المال ؛ لأن الولاية عليه ترتبط بماله كمال الغائبين ، لكن محله في تصرّفه فيه بالحفظ والتعهد بما يقتضيه الحال مع الغبطة اللائقة إذا أشرف على التلف . أما تصرّفه فيه بالتجارة والاستنماء فالولاية عليه لقاضي بلد اليتيم ؛ لأنه وليه في النكاح فكذا في المال كما نقله في أصل الروضة عن الغزالي وأقرّه . قال شيخنا : ووقع للإسنوي عزو ما يخالف ذلك إلى الروضة وأصلها فاحذره . قال الأذرعي : وعلى ما في أصل الروضة فلقاضي بلده العدل الأمين أن يطلب من قاضي بلد ماله إحضاره إليه عند أمن الطريق لظهور المصلحة له فيه ، وليتجر له فيه ثم ، أو يشتري له به عَقَاراً ، ويجب على قاضي بلد المال إسعافه بذلك ، وحكم المجنون حكم الصبي في ترتيب الأولياء ، وكذا مَن بلغ سفيهاً .

تنبيه : قضية تعبيره بالصبي أنه لا ولاية للمذكورين على مال الأجنة وصرّحا به في الفرائض في الكلام على ميراث الحمل لكن بالنسبة إلى الحاكم فقط ، ومثله البقية . قال

وَلَا تَلِي الأُمُّ في الأَصَحِّ ، وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِـالمَصْلَحَةِ ، ويَبْنِي دُورَهُ بِـالطِّينِ والآجُـرِّ لَا اللَّبِنِ والْجِصِّ ،

الجرجاني : وإذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين ، فعلى المسلمين النظر في حال محجورهم وتولي حفظ ماله (**ولا تلي الأمّ في الأصح**) كولاية النكاح . والثاني : تلي بعد الأب والجدّ وتقدّم على وصيهما لكمال شفقتها ، وكذا لا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم . نعم لهم الإنفاق من مال الطفل في تأديبه وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية ؛ لأنه قليل فسومح به ، قاله في المجموع في إحرام الوليّ عن الصبي . قال شيخنا : ومثله المجنون والسفيه اهـ أما السفيه فواضح . وأما المجنون ففيه نظر . نعم إن حمل على مَن له نوع تمييز فهو ظاهر ولعله مراده (**ويتصرّف**) له (**الوليّ بالمصلحة**) وجوباً لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء : ٣٤] وقوله تعالى ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة : ٢٢٠] وقضية كلامه كأصله أن التصرّف الذي لا خير فيه ولا شرّ ممنوع منه إذ لا مصلحة فيه وهو كذلك كما صرّح به الشيخ أبو محمد والماوردي ، ويجب على الوليّ حفظ مال الصبي عن أسباب التلف واستنماؤه قدر ما تأكله المؤن من نفقة وغيرها إن أمكن ، ولا تلزمه المبالغة ، ولو خاف الوليّ استيلاء ظالم على مال اليتيم ، فله بذل بعضه لتخليصه وجوباً ، ويستأنس له بخرق السيد الخضر السفينة ، وإذا كان للصبي أو السفيه كسب : أي يليق به أجبره الوليّ على الاكتساب ليرتفق به في ذلك ، وندب أن يشتري له العقار بل هو أولى من التجارة إذا حصل من ريعه الكفاية كما قاله الماوردي ، هذا إن لم يخف جوراً من سلطان أو غيره ، أو خراباً للعقار ولم يجد به نقل خراج ، وله أن يسافر بمال الصبي والمجنون وقت الأمن ، والتسفير به مع ثقة ولو بلا ضرورة من نحو حريق أو نهب ؛ لأن المصلحة قد تقتضي ذلك لا في نحو بحر وإن غلبت السلامة ؛ لأنه مظنة عدمها . قال الإسنوي : ولا يركب بالصبي البحر وإن غلبت سلامته كماله ، وفرق غيره بأنه إنما حرم ذلك في ماله لمنافاته غرض ولايته عليه في حفظه وتنميته بخلافه هو فيجوز أن يركبه البحر إذا غلبت السلامة ، كما يجوز إركاب نفسه والفرق أظهر ، والصواب كما قال الأذرعي عدم تحريم إركاب البهائم والأرقاء والحامل عند غلبة السلامة خلافاً للإسنوي في الجميع (**ويبني دوره**) ومساكنه (**بالطين والآجر**) أي الطوب المحرق ؛ لأن الطين قليل المؤنة وينتفع به بعد النقض والآجر يبقى (**لا اللبن**) أي الطوب الذي لم يحرق (**والجص**) أي الجبس ؛ لأن اللبن قليل البقاء ويتكسر عند النقض والجبس

وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ ،

كثير المؤن ، ولا تبقى منفعته عند النقض بل يلصق بالطوب فيفسده .

تنبيه : قوله والجص بالواو هي عبارة المحرّر والروضة والشرح الصغير ، وعبارة الكبير أو الجص بأو ، وهي أولى ؛ لأنها تدل على الامتناع في اللبن سواء أكان مع الطين أم الجص ، وعلى الامتناع في الجص سواء أكان مع اللبن أم الآجر وهو كذلك ، ويفهم المنع فيما عداهما ، والمجنون والسفيه كالصبي فيما ذكر ، وما ذكره من اقتصار البناء بالطين والآجرّ ، نص عليه الشافعي وجرى عليه الجمهور ، واختار كثير من الأصحاب جواز البناء على عادة البلد كيف كان ، واختاره الروياني واستحسنه الشاشي ، والقلب إليه أميل ، وفي البيان بعدما نقل ما ذكره المصنف عن النص : وهذا في البلاد التي يعزّ فيها وجود الحجارة ، فإن كان في بلد توجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر ؛ لأنها أكثر بقاء وأقلّ مؤنة ، ويشترط في البناء للمحجور عليه كما قال ابن الصباغ أن يساوي كلفته ، وقيل : هذا قلّ أن يوجد . قال بعضهم : وهذا في التحقيق منع للبناء ، وقوله : ويبني دوره قد يفهم أنه لا يبتدىء له بناء العقار وليس مراداً . وقال بعض فقهاء اليمن : إنما يبنيه إذا لم يكن الشراء أحظ . قال ابن الملقن : وهو فقه ظاهر **(ولا)** يشتري له ما يسرع فساده وإن كان مريحاً ، قاله الماوردي ، ولا **(يبيع عقاره)** ؛ لأن العقار أسلم وأنفع مما عداه **(إلا لحاجة)** كنفقة وكسوة بأن لم تف غلة العقار بهما ولم يجد مَن يقرضه ، أو لم يرَ المصلحة في الاقتراض ، أو خاف خرابه . قال في البحر : وكذا لو كان اليتيم ببلد وعقاره في آخر ويحتاج إلى مؤنة في توجيه مَن يجمع الغلة فيبيعه ويشتري ببلد اليتيم ، أو يبني فيه مثله . قال الإسنوي : ويظهر أيضاً جواز بيعه بثمن مثله دفعاً لرجوع الواهب إذا كان أصلًا له **(أو غبطة ظاهرة)** كأن يرغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن أو خيراً منه بكله ، أو يكون ثقيل الخراج : أي المغارم مع قلة ريعه .

تنبيه : قوله : ظاهرة من زيادة المنهاج على بقية كتب الشيخين . قال الإمام : وضابط تلك الزيادة أن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شراء العقار ، وكالعقار فيما ذكر آنية القنية من نحاس وغيره كما نقله ابن الرفعة عن البندنيجي . قال : وما عداهما لا يباع أيضاً إلا لغبطة أو حاجة لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما . وينبغي كما قال ابن الملقن إنه يجوز بيع أموال التجارة من غير تقييد بشيء ، بل لو رأى البيع بأقلّ من

وَلَهُ بَيْعُ مَـالِهِ بِعَـرْضٍ ونَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحـةِ ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وارْتَهَنَ بِهِ ،

رأس المال ليشتري بالثمن ما هو مظنة للربح جاز كما قاله بعض المتأخرين ، ولو طلب مالـه بأكثر من ثمن مثله وجب بيعه إن لم يحتج إليـه ولم يكن عقاراً يحصـل له منـه كفايتـه . قال الروياني : ولو ترك الوليّ عمارة عقار محجوره حتى خرب مع القدرة أثم ، وهل يضمن كمـا في ترك علف الدابة أولا كما في ترك التلقيح ؟ وجهان جاريان فيما لو ترك إيجاره مع القدرة أوجههما كما قال شيخنا عدم الضمان فيهما ويفارق ترك العلف بأن فيه إتلاف روح بخـلاف ما هنا . قال القفال : ويضمن ورق الفرصاد إذا تـركه حتى مـات : أي تلف ، وكأنـه قاسـه على سـائر الأطعمـة ، ولو امتنـع من بيع مـاله لتـوقع زيـادة فتلف المال فـلا ضمـان . قـال العبادي : ولو أجّر بياض أرض بستانه بأجرة وافية بمقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ثم ساقى على شجره على سهم من ألف سهم لليتيم ؛ والباقي للمستأجر كمـا جرت بـه العادة . قـال ابن الصلاح في فتاويه : الظاهر صحة المساقاة . قـال الإسنوي : وهي مسـألة نفيسـة ، ولا يجوز لغير القاضي من الأولياء أن يقرض من مال الصبي والمجنون شيئاً إلا لضـرورة كحريق ونهب ، أو أن يريد سفـراً يخاف عليـه فيه . أمـا القاضي فله ذلـك مطلقـاً لكثرة أشغـاله ولا يقرضه إلا لمليء أمين ، ويأخذ رهناً إن رأى في ذلك مصلحة وإلا تركه ، ولا يودعه أميناً إلا عند عدم التمكن من إقراضه (**وله بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة**) التي يراها فيهما ، كـأن يكـون في الأوّل ربح وفي الثـاني زيادة لائقـة ، أو خاف عليـه من نهب أو إغـارة (**وإذا بـاع نسيئـة أشهد**) على البيـع وجوبـاً (**وارتهن به**) أي بـالثمن رهناً وافيـاً به ، ويشتـرط أن يكون المشتري موسراً ثقة والأجل قصيراً عرفاً احتياطاً للمحجور عليه ، فإن لم يفعل ذلك ضمن . قـال السبكي : وبطل البيـع على الأصح . قـال وقال الإمـام : الأصح أنـه لا يبطل إذا كـان المشتـري مليئاً اهـ والأوجـه كلام السبكي ، ولا يجـزىء فيه الكفيـل عن الارتهـان . نعم لا يلزم الأب والجدّ الارتهان من نفسهمـا له والـدين عليهما بـأن باعـا مالـه لأنفسهما نسيئـة ؛ لأنهما أمينان في حقه ويحكم القاضي بصحة بيعهما مـال ولدهمـا إذا رفعاه إليـه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة ؛ لأنهمـا غير متهمين في حق ولـدهما وفي وجـوب إقامتهمـا البينة بالعدالة ليسجل لهما وجهان أحدهما الاكتفاء بالعدالة الظاهرة كشهـود النكاح والثـاني : نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم . وينبغي كما قال ابن العماد أن يكون هذا هو الأصح بخلاف ما مرّ ؛ لأن ذاك في جواز ترك الحكم لهما على الولاية ، وهذا فيما إذا طلبـا منه أن يسجل لهما بخـلاف الوصيّ والأمين ، فـإنه يجب إقـامتهما البينـة بالمصلحـة وبعدالتهمـا ،

ويَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ المَصْلَحَةِ ، وَيُزَكِّي مَالَـهُ ، ويُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالمَعْرُوفِ ،

ويقبل قول المحجور عليه بعد الكمال أنهما باعا ماله ولو غير عقار بلا مصلحة فيلزمهما البينة ، بخلاف الأب والجدّ فلا يلزمهما البينة ، بل البينة عليه ؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما ، ولا يبيع الوصي مال الطفل أو المجنون لنفسه ولا مال نفسه له ، ولا يقتصّ له وليّ ولو أباً، ولا يعفو عن القصاص . نعم له العفو على الأرش في حق المجنون الفقير ، بخلاف الصبيّ كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الجنايات ؛ لأن الصبا له غاية تنتظر بخلاف الجنون ، ولا يعتق رقيقه في غير الكفارة المرتبة ، ولا يكاتبه ، ولا يدبره ، ولا يعلق عتقه بصفة ، ولا يطلق زوجته ولو بعوض لخبر «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» رواه ابن ماجه والدارقطني ، ولا يصرف ماله في المسابقة ، ولا يشتري له إلا من ثقة . قال ابن الرّفعة : ولا يظهر جواز شراء الجواري للتجارة لغرر الهلاك ، وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ (**ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة**) التي رآها في ذلك ؛ لأنه مأمور بفعلها ، فيجب الأخذ إذا كانت المصلحة فيه ، ويحرم إذا كانت المصلحة في تركه ، فلو استوت المصلحة في الأخذ والترك فهل يحرم الأخذ أو يجب أو يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها في البحر تبعاً للماوردي ، والأوّل هو مقتضى كلام المصنف . وقال الإسنوي : هو مقتضى كلام الرّافعي في آخر الشفعة . وقال في المطلب هنا : والنصّ يفهمه ، والآية تشهد له : أي قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء : ٣٤] فإنها دالة على المنع عند الاستواء لورودها بصيغة التفضيل ، ولو ترك الوليّ الأخذ مع الغبطة فيه ثم كمل المحجور عليه كان له الأخذ ؛ لأن ترك الوليّ حينئذ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معاً كما مرّ ، ولو أخذ الوليّ مع الغبطة ثم كمل المحجور عليه وأراد الردّ لم يمكن منه كما صرّح به في الرّوضة ، والقول قوله بيمينه في أن الوليّ ترك الأخذ مع الغبطة ، ويلزم لوليّ البينة إلا على أب أو جدّ قال : إني تركتها لغبطة فلا يقبل قوله عليه (**ويزكي ماله**) وجوباً ؛ لأنه قائم مقامه ، وقد تقدّم الكلام على ذلك في باب الزكاة (**وينفق عليه بالمعروف**) في طعام وكسوة وغيرهما مما لا بدّ منه بما يليق به في إعساره ويساره ، فإن قتر أثم وإن أسرف أثم وضمن ويخرج عنه أرش الجناية وإن لم يطلب ذلك منه . فإن قيل : الدين الحال لا يجب أداؤه إلا بعد الطلب كما مرّ في كتاب التفليس وأرش الجناية دين . أجيب بأن ذلك ثبت بالاختيار فتوقف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ما هنا ، وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكره الشيخان لسقوطها بمضيّ

فَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ بُلوغِهِ عَلَى الأَبِ والجَدِّ بَيْعاً بِلاَ مَصْلَحَةٍ صُدِّقَا بِالْيَمِينِ ، وَإِنِ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ والأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ .

الزمان . قال الإسنوي : وما ذكراه من توقف نفقة القريب على الطلب لا يستقيم إذا كان المنفق عليه مجنوناً أو طفلاً أو زَمِناً يعجز عن الإرسال ونحو ذلك اهـ وهو ظاهر. نعم إن كان له وليّ خاص ينبغي اعتبار طلبه ، وكالصبي في ذلك المجنون والسفيه ولا أجرة للوليّ ولا نفقة في مال محجوره ، فإن كان فقيراً وشغل بسببه عن الاكتساب أخذ الأقلّ من الأجرة والنفقة بالمعروف . قال تعالى ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء : ٦] وكالأكل غيره من بقية المؤن ، وإنما خصّ بالذكر ؛ لأنه أعمّ وجوه الانتفاع ، وله أن يستقلّ بالأخذ من غير مراجعة الحاكم ولو نقص أجر الأب أو الجد أو الأمّ إذا كانت وصية عن نفقته وكان كل منهم فقيراً تممها من مال محجوره ؛ لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى ، وإذا أخذ لفقره ثم أيسر لا يجب عليه ردّ البدل على الأظهر في زيادة الرّوضة ، هذا كله في الوليّ غير الحاكم . أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرّح به المحاملي ، وللوليّ خلط ماله بمال الصبيّ ومواكلته للارتفاق إذا كان للصبيّ فيه حظ . قال تعالى ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ وإلا آمتنع . قال تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء : ٣٤] . ويسنّ للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل لأخبار صحيحة وردت فيه ، ولا يجب على الوليّ أن يشتري لموليه إلا بعد استغنائه عن الشراء لنفسه ، فإن لم يستغن عنه قدم نفسه وإن تضجر الأب وإن علا فله الرّفع إلى القاضي لينصب قيماً بأجرة من مال محجوره ، وله أن ينصب غيره بها بنفسه **(فإذا ادّعى)** الصغير **(بعد بلوغه على الأب والجد بيعاً)** لماله ولو عقاراً **(بلا مصلحة صدقا باليمين)** ؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما ، ومقتضى ذلك كما قال الإسنوي قبول الأمّ إذا كانت وصية ، وكذا ما في معناها كأمّهاتها وهو كذلك **(وإن ادّعاه على الوصي والأمين)** أي منصوب القاضي **(صدق هو بيمينه)** للتهمة في حقهما ، وقيل : يصدق الوليّ مطلقاً ؛ لأن الأصل عدم الخيانة ، وقيل : لا يصدق مطلقاً بل لا بدّ من بينة ، وقيل : يصدق الأب والجد مطلقاً وغيرهما في غير العقار ؛ لأن العقار يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره ، وإذا قلنا : لا يقبل قول الوصيّ والأمين فمحله في غير أموال التجارة . أما فيها فالظاهر كما قال الزركشي قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما فيها ، ودعواه على المشتري من الوليّ كدعواه على الوليّ فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجد لا إن اشترى

منهما ، ولو أقام مَن لم يقبل قوله من الوليّ والمحجور عليه بينة بما ادّعاه حكم له بها ولو بعد الحلف كما في المحرّر .

تنبيه : سكت المصنف عن الدعوى على القاضي ، وكلام التنبيه يقتضي أنه كالوصيّ والأمين ، واختاره الشيخ تاج الدين الفزاري . وقال السبكي : لم أرَ للأصحاب تصريحاً به ، والقول قوله بلا يمين إن كان في زمن حكمه وتوقف فيما إذا كان معزولاً ، ثم آعتمد بعد ذلك أنه يقبل قوله بلا يمين مطلقاً ، وهذا هو الظاهر ؛ لأنه نائب الشرع .

خاتمة : سئل السبكي عن يتيم تحت حجر الشرع له مال يعامل فيه ناظر الأيتام بإذن الحاكم ثم إن اليتيم سكن قرية من قرى القدس ومضت مدّة يتحقق فيها بلوغه ، ولم يعلم هل بلغ رشيداً أو لا هل تجوز له المعاملة في ماله بعد مدة البلوغ المذكورة وإخراج الزكاة من ماله أو لا ؟ فقال : لا تجوز المعاملة في ماله ولا إخراج الزكاة منه في هذا الحال ، ويعضد ذلك قول الأصحاب : إن الوليّ إذا أجر الصبيّ مدة يبلغ فيها بالسنّ لم يصح فيما زاد على البلوغ ، وسئل عن آمرأة سفيهة تحت الحجر أقامت بينة برشدها ثم حضر وليها ، فأقام بينة بسفهها أيهما تقدم ؟ فقال : تقدم بينة السفه ؛ لأن معها زيادة علم ، وصورة المسألة أن تشهد بينة الرّشد في الوقت الفلاني فتشهد تلك البينة ، بأنها كانت في ذلك الوقت تشرب الخمر مثلاً . أما إذا أطلقت فالوجه تقديم بينة الرّشد[1] .

---

(١) لم يذكر الخطيب الحجر على الزوجة وأنا ذاكره إن شاء الله فأقول تنوّعت كلمة الفقهاء في الحجر على الزوجة لحق الزوج بسبب النكاح على قولين :

«**الأول**» : أن المرأة الحرة الرشيدة ذات الزوج لها التصرف في مالها كله بعوض وبغير عوض لا سلطان لأحد عليها ، فهي كالبالغ الحر الرشيد سواء بسواء ، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر والثوري والظاهرية والحنابلة في الرواية المشهورة عنهم .

«**الثاني**» : ذهب المالكية إلى أن المرأة البالغة الحرة الرشيدة ذات الزوج محجور عليها في مالها لحق زوجها فيه ، فلا يجوز لها أن تتبرع من مالها فيما زاد على الثلث بهبة أو صدقة أو حمالة أو غيرها مما لا عوض فيه إلا بإذن من الزوج ، فإن لم يأذن لها في ذلك فإنه لا ينفذ منه شيء ، أما تصرفاتها العوضية كالبيع والشراء والكراء والاكتراء وما إلى ذلك فهي نافذة أذن الزوج أو لم يأذن ، وكذلك لو تبرعت بالثلث فدونه .

احتج الجمهور بالكتاب والسنّة والقياس .

«**أمّا الكتاب**» فقوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ .

ووجه الدلالة : أن الآية أفادت دفع المال إلى اليتامى إذا تحقق ما شرط الله ـ أولاً ـ بلوغ النكاح ـ ثانياً ـ إيناس الرشد ، لا فرق في ذلك بين ذكورهم وإناثهم ولم يشرط الله شرطاً ثالثاً في الإناث هو ألّا تكون ذات زوج ، ودفع المال علامة نفاذ التصرف فلا يحجر عليها . =

= ويمكن أن يقال : إن المال يجب دفعه إليها ، وهذا قد لا يفيد المستدلين ، فإن دفع المال لا يستلزم نفاذ التصرف ، فإن المدين الذي أحاط الدين بماله لا يملك التصرف فيما تحت يده من المال مطلقاً ، والمريض ماله تحت يده ، ولا يملك التصرف فيه مطلقاً أيضاً فلا علاقة إذاً بين دفع المال ونفاذ التصرف ، كما أنه لا علاقة بين المنع من المال وعدم نفاذ التصرف ، فإن السفيه عند أبي حنيفة إذا لم يبلغ خمساً وعشرين سنة يمنع من ماله ، ولكنه ينفذ تصرفه ، ولا يقال : إن المدين قد تعلّق بماله حق الغرماء ، والمريض قد تعلق بماله حق الورثة ، ولا كذلك الزوجة ؛ لأنا نقول : إن للزوج حقاً في مال زوجته كالغرماء والورثة سواء بسواء ، فإن قام الفارق بين الزوجة والمدين فلم يقم بينها وبين المريض ، وحق الزوج كحق الوَرَثَة .

وفي الحق أن الدليل من الآية ناهض على إثبات دعوى الجمهور ، وهذه المحاولات من المالكية لا تنهض طعناً في الدليل ، فليس حق الزوج في مال زوجته كحق الغريم في مال المدين ، وحق الوارث في مال المريض ؛ فإن الأدلة على موضع النزاع هنا غير ناهضة للمالكية .

«أمّا السنّة» : فأولاً ما رواه مسلم والبخاري وأحمد عن جابر قال : «شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فبدأ بالصلاة قبل الخطبة بلا أذان ولا إقامة ، ثم قام متوكئاً على بلال فأمر بتقوى الله وحثّ على طاعته ، ووعظ الناس وذكرهم ، ثم مضى حيث أتى النساء فوعظهن وذكرهن وقال : تصدقن ولو من حليكن ؛ فإن أكثركن حطب جهنم فقامت امرأة من سطة النساء سعفاء الخدين فقالت : لمَ يا رسول الله ؟ فقال : لأنكن تكثرن الشكاة وتكفرن العشير ، قال : فجعلن يتصدقن من حليهن «أقراطهن وخواتمهن» .

«سطة النساء» : خيارهن ـ سعفاء الخدين : في خدها غبرة وسواد .

«ووجه الدلالة» أن الرسول قبل الصدقة منهن ولم يسألهن عن استئذان الأزواج ، فلو كانت صدقة المرأة فيما زاد على الثلث موقوفة على إذن الزوج ما قبل الرسول عليه الصلاة والسلام منهن الصدقة ، وقد تصدقن بغير إذن أزواجهن ، فدل ذلك على أن للمرأة أن تتصدق بمالها أذن الزوج أم لم يأذن ، رضي أم سخط ، ثم لم يستفصل الرسول أهذا ثلث مالكن أم يزيد ، فترك السؤال والاستفصال يدل على النفاذ وإن زاد على الثلث وغير الصدقة كالصدقة ، فدل على المطلوب .

وللمالكية أن يجيبوا عن هذا الاستدلال بجوابين :

«الأول» : أن ذلك كان قبل شرع الحجر على الزوجة فيما زاد على الثلث ، وربّما دل له ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ لمّا فتح مكة خطب فقال : «لا تجوز للامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها» وقد كان الفتح في السنة الثامنة من الهجرة بينما قبول الصدقة كان في السنة الثانية من الهجرة ؛ إذ أنها السنة التي شرعت فيها صلاة العيدين .

«الثاني» : يحتمل أن تكون من في قوله عليه السّلام : «ولو من حليكن» للتبعيض فيكون المتصدق به بعض المال ، وقد كان هذا البعض هو الثلث للأحاديث الدالة على ذلك وبما روي أن زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى سميتها أتتا الرّسول ﷺ فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن ؟ قال : نعم» .

ووجه الدلالة : أن الرسول أطلق ذلك في الصدقة غير مقيد بالثلث ؛ والمالكية في الجواب عن هذين الحديثين حاولوا ولم يصلوا ، وذلك أن الحديث الأول إنما كان بلاغاً للحكم لأهل مكة ؛ لأنه شرع بعد شرع ، واحتمال كون «من» في الحديث للتبعيض إنما هو مجرد احتمال لم يقم على تعينه دليل ، وإنما هي للبيان ، والدليل على كونها للبيان الحديث الثاني ، على أنه إن كانت «من» في الحديث للتبعيض فلم تدل على بعض معين هو الثلث بخصوصه .

= واستدلوا أيضاً بأن ميمونة زوج الرسول ﷺ أعتقت جارية لها بدون إذن الرسول عليه السلام .

ووجه الدلالة في الحديث : أن ميمونة رضي الله عنها أعتقت الجارية بدون إذن زوجها ، وهو دليل صريح على نفاذ تصرف المرأة بدون إذن زوجها .

وللمالكية أن يقولوا فيه : إن الجارية كانت بعض مال ميمونة ، وهذا البعض الثلث فأقل ، قلت : وهذا احتمال لا دليل عليه .

واستدلوا بالقياس أيضاً : قالوا : إن المرأة الحرة الرشيدة لها التصرف في كل مالها بعوض وبغير عوض فيما زاد على الثلث كالذكر .

واحتج «المَالكيَّة» بالقرآن والسنّة والقياس :

أمّا القرآن فآيتان : قول الله تعالى : ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرّجال عليهن درجة﴾ وقوله تعالى : ﴿الرّجال قوّامون على النساء بما فضّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ الآية .

ووجه الدلالة : أن الله جعل لكل من الزوجين حقاً على الآخر ، وأن للرجل درجة على المرأة يزيد عليها بها .

فحقّ الزوجة عليه الكسوة والنفقة والمهر ، وألاّ يضرب الوجه ، وألاّ يسيء عشرتها ، وألاّ يمسكها ضراراً ، وغير ذلك .

وحقّ الزوج عليها الطاعة في نفسها فلا يرى منها ما يكرهه والطاعة في مالها فلا تتصرف فيه إلاّ بإذنه ، وذلك لأن الله جعل له القيام عليها بقوله : ﴿الرجال قوّامون على النساء﴾ فكان من حقه إذا تصرفت فيما زاد على الثلث أن يمنعها من ذلك .

نعم : يقال : إن الآيتين على هذا الوجه يمنعان المرأة مطلقاً من التصرفات العوضية وغير العوضية فيما قل عن الثلث أو ساواه أو زاد عليه ، ولكن يقال : هذا مدفوع بقوله ﷺ : «لا يجوز لامرأة ملك زوجها عصمتها قضاء في مالها إلاّ في ثلثه» .

وهذا الاستدلال غير ظاهر ، فإن الآية الأولى سيقت لبيان حق كل من الزوجين على الآخر ، وجعلت للزوج درجة زائدة قد تكون ملك العصمة ، أو هي وجه الفضل عليها في الآية الثانية ، ويوضح هذا ما جاء في سبب النزول : أن سعد بن الربيع نشزت عليه امرأته حبيبة بنت زيد بن خارجة بن أبي زهير فلطمها ، فقال أبوها : يا رسول الله أفرشته كريمتي فلطمها فقال عليه السلام : لتقتص من زوجها فانصرفت مع أبيها لتقتص منه فقال عليه السّلام : ارجعوا هذا جبريل أتاني فأنزل الله هذه الآية : ﴿الرجال قوّامون على النساء﴾ فقال عليه السلام : «أردنا أمراً ، وأراد الله غيره» فتكون الدرجة ليست هي منعها من التصرف في مالها ، وإنما هي نزلت لبيان فضل الرجل على المرأة ﴿بما فضّل الله بعضهم على بعض﴾ فليس في الآيتين دليل على ما ذهبوا إليه .

وأمّا السنة :

فأولاً : قوله ﷺ : «تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك» .

ووجه الدلالة : أن الرسول أخبر فيما أخبر بأن من دواعي الرغبة في المرأة المال فيزيد في المهر لأجل أن ينتفع الزوج بمالها ويتبسط فيه ؛ وإذا احتاج أعانته ، وإذا أعسر كان في مالها يسار له ، فإذا أرادت هي أن تفوت عليه هذه المنافع كان من حقه منعها من التصرفات المذهبة للمال ، وذلك كالتبرعات ، أمّا التصرفات العوضية كالبيع والشراء وما إلى ذلك فلا يتأتى فيها تفويت الانتفاع بمالها ؛ لأن من شأن هذه التصرفات تثمير المال وتنميته ، لا ضياعه وإتلافه .

والحديث كما نرى إنما هو بيان للأسباب التي من أجلها يرغب في نكاح المرأة ، لأنه سيق ليقرر أن =

= للرجل حقاً في مال زوجته ويؤيد هذا المعنى أن الرسول ﷺ نهى عن نكاح ذات المال فقال : «لا تنكحوا النساء لحسنهن فلعله يرديهن ، ولا لمالهن فلعلّه يُطغيهن ، وانكحوهن للدين ، ولأمة سوداء خرقاء ذات دين أفضل» فلا يدل الحديث على أن له حقاً في مالها حتى يصل إلى المنع من التصرف على وجه التبرع فيما زاد على الثلث .

وثانياً : بما روي عن أبي هريرة أنه قال : قيل : يا رسول الله ، أي النساء خير ؟ قال : «التي تسره إذا نظر ، وتطيعه إذا أمر ، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره» .

ووجه الدلالة : أن الحديث دل على أن للزوج حقاً في مالها ، وأنه لا يجوز لها أن تخالفه في مالها بما يكره ، وهو يكره منها أن تتبرع من مالها بما زاد على الثلث ، نعم إن الحديث عام يقتضي المنع مطلقاً من التصرفات العوضية وغيرها فيما زاد على الثلث أو قلّ لكن يقال : أما التصرفات العوضية فهي لا تفوت عليه شيئاً من الانتفاع بمال زوجته بل ربما كان فيه ربح وزيادة . وأما التبرع فإنما خص بالثلث للسنّة الواردة في ذلك وللجمهور أن يقولوا : إن هذا الحديث روي عن أبي هريرة من طريق آخر ، فإن يحيى بن بكر رواه عن الليثي وهو أوثق الناس فيه عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة عن الرسول ـ ﷺ ـ قال : «ولا تخالفه في نفسها وماله بما يكره» وهو على هذه الرواية لا دلالة فيه للمالكية ، وعلى فرض أنه لم يرد إلا بالرواية التي استدل بها المالكية فلا تمسك لهم فيه ، فإن كراهة الرجل مخالفة زوجته له في المال لا تقتضي الحجر عليها ، فإن الحجر وهو التقييد بعد الإطلاق لا يثبت بأي سبب ، ومعنى الحديث أن طاعة المرأة لزوجها في مالها أدعى لدوام العشرة بينهما .

وثالثاً : بما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحليّ لها فقال لها النبي ﷺ : «لا يجوز لامرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعباً ؟» فقالت : نعم . فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال : «هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟» فقال : نعم فقبله الرسول عليه السلام . والحديث ظاهر في أن المرأة لا تتصرف في مالها إلا بإذن زوجها فلو كان لها حق التبرع ما سألها الرسول عن الاستئذان بل هو لم يكتفِ بإخبارها بأنها استأذنت حتى دعا بزوجها كعب وأخبر بالإذن ، نعم إن الحديث عام يمنعها حتى في الثلث فما دونه من التبرعات .

ولكنه خص منه الثلث فما دونه لقوله عليه السلام : «لا يجوز لامرأة ملك زوجها عصمتها قضاء في مالها إلا في ثلثه» ويقال :

١ ـ إن الحديث مرسل ، ولا يحتج الشافعي بالمراسيل مطلقاً ، وليس ذلك مرسل سعيد بن المسيب .

٢ ـ إن علة هذا الإذن إنما هو إبقاء على حسن العشرة ودوام الصلة ، وهو لا يقتضي الحجر .

ورابعاً : بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها يوم فتح مكة : «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها» والحديث دال على المطلوب بمعونة حديث : «لا يجوز لامرأة ملك زوجها عصمتها قضاء في مالها إلا في ثلثه» وهذا الحديث ضعيف : لأن شعيباً لم يلق عبد الله .

«وأما القياس» فهو أن الزوجة كالمريض في أن كلًّا منهما قد تعلق بماله حق للغير ، وكما لا يجوز للمريض التبرع بأكثر من الثلث فالمرأة مثله ، وهو منقوص من وجوه :

١ ـ أنه قياس مع الفارق ، فإن المرض سبب يفضي إلى وصول المال للوَرَثة بالميراث بخلاف الزوجة ؛ فإنها تجعل الزوج من أهل الميراث ، فالزوجية أحد وصفي العلة ، ولا يثبت الحكم بمجردها .

٢ ـ أنه منتقص بالمرأة فإنها تنتفع بمال الرجل ، وتتبسط فيه ولها النفقة منه بل إن لها انتفاعها بماله أكثر =

بَابُ ٱلصُّلْحِ

بَـابُ ٱلصُّلْحِ

ومـا يذكـر معه من التـزاحم على الحقوق والتنـازع فيهـا ، هـو لغـة : قـطع النـزاع ، وشرعاً : عقد يحصل به ذلك[1] ، وهـو أنواع : صلح بين المسلمين والكفـار ، وبين الإمام والبغاة ، وبين الزوجين عند الشقاق . وصلح في المعـاملة ، وهو مقصـود الباب ، والأصـل فيـه قبل الإجمـاع قولـه تعالى ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْـرٌ﴾ [النسـاء : ١٢٨] وخبـر «الصُّلْحُ جَـائِـزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحـاً أَحَـلَّ حَـرَامـاً أَوْ حَـرَّمَ حَـلاَلاً»[2] رواه ابن حبـان وصححـه ، والكفـار

= من انتفاعه بمالها .

ورأي الجمهور أقوى دليلاً فإن الشريعة أباحت للمرأة أن تتصدق من مال الزوج وتنفق منه بالمعروف بدون إذن فقد قالت هند امرأة أبي سفيان لرسول الله ﷺ : إن أبا سفيان رجل شحيح بخيل أفأنفق وأتصدق من ماله ؟ فقال : نعم بالمعروف ، وقال : «مـا أنفقت المرأة من مـال زوجها غيـر مفسدة كـان لها أجـر ما أنفقت ، وله مثله بما كسب» . وجاءت أسماء إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله : ليس لي شيء إلا ما أدخل عليَّ الزبير فهل علي جناح إن أرضخ مما أدخل عليّ ؟ فقال : «ارضخي ما استـطعت ـ ارضخي أي أعطي ـ ولا توعي فيوعى عليك ـ توعي تدخري ـ» . عهدنـا ذلك في الشـريعة ، ولم نعهـد أن أبيح للزوج التصرف في مال زوجته من دون إذنها ، وعلمنا أن النكاح لم يكن سبباً للحجر عليها للزوج ، فكيف بعد ذلك كله يتم لمالك رضي الله عنه دليل ؟ .

انظر المحلى ٣١٥/٨ ، وابن العربي ٨٠/١ ، والقرطبي ١٢٥/٣ .

(١) الصلح لغة : اسم مصدر ، لـ : صالحه مصالحة ، وصـلاحاً بكسـر الصاد ، قـال الجوهـري : والاسم : الصُّلْح ، يذكر ويؤنث ، وقد اصطلحا وصالحا واصّالحا مشدد الصاد ، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها .

انظر : لسان العرب : ٢٤٧٩/٤ .

واصطلاحاً :

عرّفه الحنفية بأنه : عقد وُضع لرفع المناصبة .

عرّفه الشافعية بأنه : عقد يحصل به قطع النزاع .

عرّفه المالكية بأنه : انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه .

عرّفه الحنابلة بأنه : معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين .

انظر : شرح فتح القدير : ٢٣/٨ ، حاشية ابن عابـدين : ٦٢٨/٥ ، أسنى المطالب : ٢١٤/٢ ، شرح منح الجليل : ٢٠٠/٣ ، مواهب الجليـل : ٨١/٥ ، الشرح الصغيـر : ٥٣٠/٤ ، كشف القناع : ٢٩/٣ ، المغني : ٥٢٧/٤ .

(٢) أخرجه ابن حبان وأورده الهيثمي من موارد الظمآن ص ٢٩١ في القضاء «١١٩٩» .

وأخرجه أبو داود ٣٠٤/٣ في الصلح «٣٥٩٤» .

وأخرجه أحمد في المسند ٣٦٦/٤ .

تهذيب التهذيب ٤١٤/٨ ، نيل الأوطار ٢٨٧/٥ .

هُوَ قِسْمَانِ : أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصُّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ كالشُّفْعَةِ والرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنِ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا ، أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا ، أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا ، وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ ، وَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ ،

كالمسلمين في ذلك ، وإنما خصهم بالذكر لانقيادهم إلى الأحكام غالباً ، والصلح الذي يحلّ الحرام أن يصالح على خمر ونحوه أو من دراهم على أكثر منها ، والذي يحرّم الحلال : أن يصالح زوجته على أن لا يطلقها ونحو ذلك ، ولفظه يتعدى للمتروك بمَن وعن ، وللمأخوذ بعلى والباء غالباً (**وهو قسمان : أحدهما يجري بين المتداعيين، وهو نوعان : أحدهما صلح على إقرار ، فإن جرى على عين غير المدعاة**) كما إذا ادّعى عليه داراً فأقرّ له بها وصالحه عنها بمعين كثوب (**فهو بيع**) للعين المدعاة من المدعي للمدعى عليه (**بلفظ الصلح**) ويسمى صلح المعاوضة (**تثبت فيه أحكامه**) أي البيع (**كالشفعة والردّ بالعيب ومنع تصرّفه**) في المصالح عليه (**قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا**) أي المصالح عنه والمصالح عليه (**في علة الرّبا**) وغير ذلك من أحكامه كاشتراط التساوي إذا كانا جنساً ربوياً واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف وفساده بالغرر والشرط الفاسد والجهل؛ لأن حدّ البيع يصدق على ذلك. أما إذا صالح على دين فإنه إن كان ذهباً أو فضة فهو بيع أيضاً وإن كان عبداً أو ثوباً مثلاً موصوفاً بصفة السلم فهو سلم، وسكت الشيخان عن ذلك لظهوره ، ولو أبدل المصنف عين بغير لدخل ذلك ، لكن لا ينعقد السلم بلفظ البيع كما تقدم في بابه (**أو**) جرى الصلح من العين المدعاة (**على منفعة**) لغير العين المدعاة كخدمة عبد مدة معلومة (**فإجارة تثبت أحكامها**) أي الإجارة في ذلك ؛ لأن حد الإجارة يصدق على ذلك . أما إذا صالح على منفعة العين المدعاة ، فإنها إعارة تثبت أحكامها ، فإن عين مدة فإعارة مؤقتة وإلا فمطلقة (**أو**) جرى الصلح (**على بعض العين المدعاة**) كربعها (**فهبة لبعضها**) الباقي (**لصاحب اليد**) عليها (**فتثبت أحكامها**) أي الهبة المقرّرة في بابها من اشتراط القبول وغيره لصدق حدّها على ذلك فتصح في البعض المتروك بلفظ الهبة والتمليك ونحوهما (**ولا يصح بلفظ البيع**) له لعدم الثمن (**والأصح صحته بلفظ الصلح**) كصالحتك من الدار على ربعها ؛ لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح : هي

وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ صَالِحْنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا فَالأَصَحُّ بُطْلاَنُهُ ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ صَحَّ، فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا اشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِلَّا فَإِنْ كانَ الْعِوَضُ عَيْناً لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الأَصَحِّ ، أَوْ دَيْناً اشْتُرِطَ

سبق الخصومة وقد حصلت ، والثاني : لا يصح ؛ لأن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض هناك للمتروك ، ومحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه . وحمله الأول على الهبة تنزيلاً لهذا اللفظ في كل موضع على ما يليق به كلفظ التمليك ، ويسمى هذا صلح الحطيطة **(ولو قال من غير سبق خصومة صالحني عن دارك)** مثلاً **(بكذا)** فأجابه **(فالأصح بطلانه)** ؛ لأن لفظ الصلح يستدعي سبق الخصومة ، سواء أكانت عند حاكم أم لا ، والثاني : يصح ؛ لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياساً على البيع ، ومحل الخلاف عند عدم النية ، فأما إذا استعملاه ونويا البيع فإنه يكون كناية بلا شك كما قاله الشيخان وإن ردّه في المطلب **(ولو صالح من دين)** يجوز الاعتياض عنه **(على)** غيره **(عين)** أو دين . قال الإسنوي : أو منفعة **(صح)** لعموم الأدلة ، سواء أعقد بلفظ البيع أو الصلح أو الإجارة . أما ما لا يصح الاعتياض عنه كدين السَّلم فإنه لا يصح .

تنبيه : قوله : على عين وقع في نسخة المصنف تبعاً للمحرّر ، ولو عبر بغير كما قدّرته في كلامه لكان أولى ؛ لأن لفظة عين تنافي كما قال الفزاري تفصيله الآتي بقوله ، فإن كان العوض عيناً إلى قوله أو ديناً . وقال السبكي : إنه يوجد في بعض نسخ المحرّر على عوض وهو الصواب لتقسيمه إياه بعد إلى عين ودين اهـ . وأجاب الشارح عن هذا كما سيأتي التنبيه عليه **(فإن توافقا)** أي الدين المصالح عنه والعوض المصالح عليه **(في علة الربا)** كالصلح عن فضة بذهب **(اشترط قبض العوض في المجلس)** حذراً من الربا ، فإن تفرّقا قبل قبضه بطل الصلح ، ولا يشترط تعيينه في العقد على الأصح **(وإلا)** قال الشارح : أي وإن لم يتوافق المصالح منه الدين والمصالح عليه في علة الربا فجعله منقطعاً عن الأوّل ، ومثله بقوله : كالصلح عن فضة بحنطة أو ثوب **(فإن كان العوض عيناً لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح)** كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس ، والثاني : يشترط ؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر في المجلس كرأس مال السلم **(أو)** كان العوض **(ديناً)** كصالحتك عن دراهمي التي عليك بكذا **(اشترط**

تَعْيِينُهُ في المَجْلِسِ ، وَفي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ، وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ ، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الإِبْرَاءِ وَالحَطِّ وَنَحْوِهِمَا ، وَبِلَفْظِ الصُّلْحِ في الأَصَحِّ ،

تعيينه في المجلس) ليخرج عن بيع الدين بالدين **(وفي قبضه)** في المجلس **(الوجهان)** أصحهما لا يشترط وإن كانا ربويين اشترط لما سبق في الاستبدال عن الثمن ، ولو أحال المصنف عليه لاستغنى عن هذا التفصيل وإن كان العوض منفعة قبضها بقبض محلها فيه . قال الإسنوي : ويتجه تخريج اشتراطه على الخلاف فيما إذا صالح على عين **(وإن صالح من دين على بعضه)** كربعه **(فهو إبراء عن باقيه)** ؛ لأنه معناه فتثبت فيه أحكامه ، وعلم من كلامه أن الصلح عن الدين ينقسم إلى معاوضة وحطيطة كالعين ، وأفهم أنه لا يشترط قبض الباقي في المجلس ؛ لأنه لم يجعل هذا العقد معاوضة ، بل إبراء ، وهل يعود الدين إذا امتنع المبرأ من أداء الباقي أم لا ؟ وجهان أصحهما عدم العود **(ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما)** كالوضع والإسقاط لما في الصحيحين «عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ : طَلَبَ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي حَدْرَد دَيْناً لَهُ عَلَيهِ ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا فِي الْمَجْلِسِ حَتَّى سَمِعَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا وَنَادَى : يَا كَعْبُ ، فَقَالَ لَبَّيْكَ يَا رَسولَ اللَّهِ فَأَشَارَ بِيَدِهِ أَنْ ضَعِ الشَّطْرَ ، فَقَالَ قَدْ فَعَلْتُ ، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ : قُمْ فَاقْضِهِ»[1] وإذا جرى ذلك بصيغة الإبراء : كأبرأتك من خمسمائة من الألف الذي لي عليك أو نحوها مما تقدّم : كوضعتها أو أسقطتها عنك لا يشترط القبول على المذهب ، سواء أقلنا الإبراء إسقاط أم تمليك (و) يصح **(بلفظ الصلح في الأصح)** كصالحتك عن الألف الذي لي عليك على خمسمائة ، والخلاف كالخلاف في الصلح من العين على بعضها بلفظ الصلح ، فيؤخذ توجيهه مما تقدم . وهل يشترط القبول في هذه الحالة ؟ فيه خلاف مدركه مراعاة اللفظ أو المعنى ، والأصح على ما دلّ عليه كلام الشيخين هنا اشتراطه ، ولا يصح هذا الصلح بلفظ البيع كنظيره في الصلح عن العين .

تنبيه : مقتضى كلام المصنف البطلان فيما لو كانت الخمسمائة المصالح بها معينة وهو ما رجحه القاضي والإمام ، وقطع به القفال ، وصوّبه في المهمات ، وجرى عليه ابن المقري ؛ لأن تعيينها يقتضي كونها عوضاً فيصير بائعاً الألف بخمسمائة ومقتضى كلام أصل الروضة الصحة ، وجرى عليه البغوي والمتولي والخوارزمي ، وهو المعتمد ؛ لأن الصلح

---

(١) أخرجه البخاري ١/٥٥١ (٤٥٧ ، ٤٧١) ومسلم ٣/١١٩٢ (١٥٥٨/٢٠) .

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكَسَ لَغَا، فَإِنْ عَجَّلَ المُؤَجَّلَ صَحَّ الأَدَاءُ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِئَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ ، وَلَوْ عَكَسَ لَغَا . النَّوْعُ الثَّانِي : الصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ ،

من الألف على بعضه إبراء للبعض واستيفاء للباقي ، فلا فرق بين المعين وغيره **(ولو صالح من)** دين **(حالّ على مؤجل مثله)** جنساً وقدراً وصفة **(أو عكس)** أي صالح من مؤجل على حالّ مثله كذلك **(لغا)** الصلح ؛ لأنه وعد في الأولى من الدائن بإلحاق الأجل ، وصفة الحلول لا يصح إلحاقها ، وفي الثانية وعد من المديون بإسقاط الأجل ، وهو لا يسقط ، والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل **(فإن عجل)** الدين **(المؤجل صح الأداء)** وسقط الأجل لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما . نعم إن ظنّ المؤدّي صحة الصلح لم يسقط الأجل واستردّ ما عجله ، كمن ظنّ أن عليه ديناً فأدّاه فبان خلافه فإنه يستردّ كما قال السبكي قطعاً ، وهذه المسألة فرد من أفراد قاعدة متكرّرة ، وهي إذا شرط عليه شيء من التصرّفات لا يلزمه الوفاء به ، كما لو شرط بيعاً في بيع ففعل المشروط عليه جاهلاً ببطلان العقد المشروط ، كأن أتى بالبيع الثاني ، فهل ينفذ لكونه تصرّفاً صحيحاً في نفسه أولا لكونه وفاء بالشرط الفاسد ؟ فيه خلاف ، وقد اضطرب الترجيح في هذه القاعدة كما بينه في المهمات . ثم قال : وقد تظافرت نصوص الشافعي على البطلان ، فلتكن الفتوى عليه ولا عبرة بما عداه **(ولو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برىء من خمسة وبقيت خمسة حالة)** ؛ لأنه سامح بحط البعض ووعد بتأجيل الباقي ، والوعد لا يلزم ، والحط صحيح **(ولو عكس)** بأن صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة **(لغا)** الصلح ؛ لأن صفة الحلول لا يصحّ إلحاقها ، والخمسة الأخرى إنما تركها في مقابلة ذلك ، فإن لم يحصل الحلول لا يصحّ الترك ، والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل .

تنبيه : قد علم مما تقرّر أن أقسام الصلح ستة : البيع والإجارة والعارية والهبة والسلم والإبراء وبقي منها أشياء أخر منها الخلع كصالحتك من كذا على أن تطلقني طلقة . ومنها المعاوضة من دم العمد كصالحتك من كذا على ما تستحقه عليّ من قصاص . ومنها الجعالة كصالحتك من كذا على ردّ عبدي . ومنها الفداء كقوله للحربيّ صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير . ومنها الفسخ كأن صالح من المسلم فيه على رأس المال وكأنه تركها كغيره لأخذها مما ذكر **(النوع الثاني الصلح على الإنكار)** أو السكوت من المدّعى

فَيَبْطُلُ إنْ جَـرَى عَلَى نَفْسِ المُدَّعَى ،

عليه كما قاله في المطلب عن سليم الرازي وغيره كأن ادّعى عليه شيئاً فأنكره أو سكت ثمّ صالح عنه (فيبطل إن جرى على نفس المدّعى) كأن يدّعي عليه داراً فيصالحه عليها بأن يجعلها للمدّعي أو للمدّعى عليه كما يصدق بذلك عبارة المصنف، وكلا الصورتين باطل، وفي الرّوضة وأصلها على غير المدّعى، كأن يصالحه عن الدار بثوب أو دين. قال الشارح: وكأن نسخة المصنف من المحرّر عين فعبر عنها بالنفس ولم يلاحظ موافقة ما في الشرح، فهما مسألتان حكمهما واحد اهـ، ويريد بذلك دفع اعتراض المصحح فإنه قال: الصواب التعبير بالغير. وقال الدميري: عبارة المحرّر غير وكأن الراء تصحفت على المصنف بالنون فعبر عنها بالنفس. فإن قيل التعبير بالنفس لا يستقيم؛ لأن على والباء يدخلان على المأخوذ ومن وعن على المتروك. أجيب بأن ذلك جرى على الغالب كما مرّت الإشارة إليه، وبأن المدّعى المذكور مأخوذ ومتروك باعتبارين، غايته أن إلغاء الصلح في ذلك للإنكار ولفساد الصيغة باتحاد العوضين، وإنما امتنع الصلح على غير إقرار خلافاً للأئمة الثلاثة قياساً على ما لو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شيء؛ ولأن المدّعي إن كان كاذباً، فقد استحلّ من المدّعى عليه ماله وهو حرام، وإن كان صادقاً فقد حرم عليه ماله الحلال، فدخل في قوله ﷺ «إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً» فإن قيل: الصلح لم يحرّم الحلال ولم يحلل الحرام، بل هو على ما كان عليه من التحريم والتحليل. أجيب بأن الصلح هو المجوّز له الإقدام على ذلك في الظاهر. وأما فيما بينه وبين الله تعالى فسيأتي، ولو أقيمت عليه بينة بعد الإنكار جاز الصلح كما قاله الماوردي؛ لأن لزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار، ولو أقرّ ثم أنكر جاز الصلح، وإذا تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا على إقرار أو إنكار، فالذي نصّ عليه الشافعي أن القول قول مدّعي الإنكار؛ لأن الأصل أن لا عقد. فإن قيل: لو تنازع المتعاقدان هل وقع العقد صحيحاً أو فاسداً كان القول قول مدّعي الصحة كما مرّ فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة، والغالب وقوع الصلح على الإنكار، ولو ادّعى عليه عيناً فقال: رددتها عليك ثم صالحه. قال البغوي في فتاويه: إن كانت في يده أمانة لم يصح الصلح؛ لأن القول قوله فيكون صلحاً على إنكار، وإن كانت مضمونة فقوله في الردّ غير مقبول وقد أقرّ بالضمان فيصح الصلح، ويحتمل بطلانه فإنه لم يقرّ أن عليه شيئاً اهـ والأوّل أظهر، وإن صالح على الإنكار فإن كان المدّعي محقاً فيحلّ له فيما بينه وبين الله تعالى أن يأخذ ما يبذل

وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الأَصَحِّ ، وَقَوْلُهُ : صَالِحْنِي عَلَى الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إِقْرَاراً فِي الأَصَحِّ . الْقِسْمُ الثَّانِي : يَجْرِي بَيْنَ المُـدَّعِي وَالأَجْنَبِيِّ : فَـإِنْ قَالَ ، وَكِّلْنِي

له قاله الماوردي وهو صحيح في صلح الحطيطة وفيه فرض كلامه . وأما إذا صالح عن غير المدّعي ففيه ما يأتي في مسألة الظفر قاله الإسنوي ، قال : ولو أنكر فصولح ثم أقرّ كان الصلح باطلاً قاله الماوردي . فإن قيل إذا أقرّ بأنه كان ملكاً للمصالح حال الصلح ، فينبغي الصحة لاتفاقهما على أن العقد جرى بشروطه في علمهما أو في نفس الأمر . أجيب بأن شرط صحة الصلح الإقرار وهو منتف حال العقد ، ويصحّ إبراء المنكر ولو بعد التحليف ، ولو تصالحا بعد التحليف لم يصح كما لو تصالحا قبله **(وكذا)** يبطل الصلح **(إن جرى على بعضه في الأصح)** أي المدّعى كما لو كان على غير المدّعى . والثاني : يصحّ لاتفاقهما على أن البعض مستحق للمدّعي ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق واختلافهما في الجهة لا يمنع الأخذ ، ويستثنى من محلّ الوجهين ما إذا كان المدّعى ديناً وتصالحا عن ألف على خمسمائة في الذمة فإنه لا يصح جزماً ؛ لأن الصحيح إنما هو تقدير الهبة وإيراد الهبة على ما في الذمة ممتنع ، بخلاف ما إذا صالحه على خمسمائة معينة فإنه لا يصحّ في الأصحّ ، ويستثنى من بطلان الصلح على الإنكار مسائل : منها اصطلاح الورثة فيما وقف بينهم كما سيأتي إذا لم يبذل أحد عوضاً من خالص ملكه ، ومنها ما إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار أو طلّق إحدى زوجتيه ومات قبل البيان أو التعيين ووقف الميراث بينهن فاصطلحن ، ومنها ما لو تداعيا وديعة عند رجل فقال : لا أعلم لأيكما هي ، أو داراً في يدهما ، فأقام كلّ بينة ثم اصطلحا **(وقوله)** بعد إنكاره **(صالحني على الدار)** مثلاً **(التي تدّعيها ليس إقراراً في الأصح)** لاحتمال أن يريد قطع الخصومة لا غير ، والثاني : إقرار لتضمنه الاعتراف كما لو قال : ملكني ودفع بما مرّ ، وعلى الأوّل يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار . أما إذا قال ذلك ابتداء قبل إنكاره فإنه يبطل جزماً ، ولو قال : بعني العين التي تدعيها أو هبنيها أو زوّجني هذه الأمة أو أبرئني مما تدّعيه ، فإقرار ؛ لأنه صريح في التماس التملك أو قال : أعرني أو أجرني لم يكن إقراراً في أحد وجهين يظهر كما قال شيخنا : ترجيحه ؛ لأن الإنسان قد يستعير ملكه ويستأجره من مستأجره ولكن يظهر كما قال شيخنا أيضاً إنه إقرار بأنه مالك للمنفعة ، ولو قال صالحني عن دعواك فليس بإقرار جزماً **(القسم الثاني)** من الصلح **(يجري بين المدعي والأجنبي . فإن قال)** الأجنبي **(وكلني**

الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الصُّلْحِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَكَ صَحَّ ، وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالحَالَةُ هٰذِهِ صَحَّ

المدّعى عليه في الصلح) عن المدّعى به **(وهو مقرّ لك)** به في الظاهر أو فيما بيني وبينه ولم يظهره خوفاً من أخذ المالك له كما صرّح بالقسمين في المحرر **(صح)** الصلح بينهما ؛ لأن دعوى الإنسان الوكالة في المعاملات مقبولة ، ومحله كما قال الإمام والغزالي إذا لم يدّع المدّعى عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة ، فإن ادّعاه كان عزلاً فلا يصحّ الصلح عنه . ثم إن كان المدّعى عيناً وصالح على بعض المدّعى أو على عين للمدّعى عليه أو على دين في ذمة المدّعى عليه صح وصار المصالح عنه ملكاً للموكل له إن كان الأجنبي صادقاً في الوكالة وإلا فهو شراء فضولي ، وقد مرّ حكمه في كتاب البيع ، ويرد على إطلاق اعتبار الإقرار ما لو قال الأجنبي وكلني في المصالحة لقطع الخصومة وأنا أعلم أنه لك فإنه يصح الصلح في الأصح عند الماوردي ، وجزم به في التنبيه وأقرّه في التصحيح وجريت عليه في شرحه . قال في الروضة : ولو قال هو منكر ولكنه مبطل فصالحني له على عبدي هذا لتنقطع الخصومة بينكما وكان المدّعى ديناً فإن المذهب صحة الصلح ، وإن كان المدّعى عيناً لم يصحّ على الأصح ، والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير إذنه ويمكن قضاء دينه بغير إذنه ، ولو صالح الوكيل على عين مال نفسه أو على دين في ذمّته بإذنه صح العقد ووقع للآذن ويرجع المأذون عليه بالمثل في المثلي والقيمة في المتقوّم ؛ لأن المدفوع قرض لا هبة ، وخرج بقول المصنف وكلني الخ ما لو تركه فهو شراء فضولي فلا يصح كما مرّ ، وبقوله وهو مقرّ لك ما لو اقتصر على قوله : وكلني في مصالحتك فلا يصح بناء على الأصح في أن قوله : صالحني عما تدّعيه ليس إقراراً ، ولو كان المدّعى ديناً فقال الأجنبي : وكلني المدّعى عليه بمصالحتك على نصفه أو ثوبه فصالحه صح كما لو كان المدّعى عيناً أو على ثوبي هذا لم يصحّ ؛ لأنه بيع شيء بدين غيره ، وهذا هو المعتمد كما جزم به ابن المقري تبعاً للمصنف خلافاً للزركشي ومَن تبعه في التسوية بين الدين والعين .

تنبيه : يرد على إطلاق المصنف اعتبار التوكيل ما لو قال الأجنبي : صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة ، فإنه يصحّ سواء أكان بإذنه أم لا ، لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز ، قاله في زيادة الروضة **(ولو صالح)** الأجنبي عن العين **(لنفسه)** بعين ماله أو بدين في ذمته **(والحالة هذه)** أي أن الأجنبيّ قائل ، بأنه مقرّ لك بالمدّعى أو نحو ذلك مما مرّ **(صح)** الصلح للأجنبي وإن لم تجرِ معه خصومة ؛ لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب خلافاً للجويني في قوله : يأتي فيه الخلاف فيما إذا قال من غير سبق خصومة

وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ،وَإِنْ كانَ مُنْكِراً وَقَالَ الأَجْنَبِيُّ هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ هُوَ مُبْطِلٌ لَغَا الصُّلْحُ .

صالحني **(وكأنه اشتراه)** بلفظ الشراء . أما إذا صالح الأجنبيّ عن الدين ففيه الخلاف في بيع الدين لغير من عليه ، ولو قال : صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة صح ، ولو بلا إذن لجواز الاستقلال بقضاء دين الغير كما مر .

تنبيه : أشار المصنف بقوله : وكأنه اشتراه إلى اشتراط كونه بيد المدّعى عليه بوديعة أو عارية أو نحو ذلك مما يجوز بيعه معه . فلو كان مبيعاً قبل القبض لم يصحّ ، وعبارة الروضة كما لو اشتراه . قال ابن الملقن : وهي أولى من عبارة الكتاب ؛ لأنه شراء حقيقة فلا معنى للتشبيه اهـ ، والظاهر كما قال ابن شهبة إن التشبيه في كلا العبارتين ، فليست إحداهما أولى من الأخرى **(وإن كان)** المدّعى عليه **(منكراً وقال الأجنبي هو مبطل في إنكاره)** ؛ لأنك صادق عندي فصالحني لنفسي ، فإن كان المدّعى به عيناً **(فهو شراء مغصوب فيفرّق بين قدرته على انتزاعه)** فيصح **(وعدمها)** فلا يصح ، ويكفي للصحة قوله : أنا قادر على انتزاعه ، وإن كان المدّعى به ديناً ففيه الخلاف السابق . أما إذا صالحه على المدّعى عليه لتنقطع الخصومة عنه كأن قال : صالحني له بعبدي هذا صح الصلح عن الدين لا عن العين ، لأنه لا يمكنه أن يملك غيره عيناً بغير إذنه بخلاف قضاء دينه كما مرّ **(وإن لم يقل هو مبطل)** مع قوله هو منكر وصالح لنفسه أو للمدّعى عليه **(لغا الصلح)** ؛ لأنه اشترى منه ما لم يثبت ملكه له .

تنبيه : شمل كلامه امتناع ثلاث صور : إحداها أن يقول هو محقّ . الثانية: لا أعلم حاله . الثالثة : لم يذكر شيئاً وهذه الثالثة . قال الإسنوي : لم يصرّح بها في الروضة ولا في أصلها . وقال السبكي : إن الأمر فيها كما يفهمه إطلاق الكتاب ولو وقف مكاناً وأقرّ به لمدّع غرم له قيمته لإحالته بينه وبينه بوقفه ، فإن أنكر وصالح عنه أجنبي جاز الصلح ؛ لأنه بذل مال في قربة ، ولو صالح متلف العين مالكها نظر ، فإن كان بأكثر من قيمتها من جنسها أو بمؤجل لم يصح الصلح ؛ لأن الواجب قيمة المتلف حالة فلم يصح الصلح على أكثر منها ولا على مؤجل لما في ذلك من الربا ؛ وإن كان بأقل من قيمتها أو بأكثر بغير جنسها جاز لفقد المانع ، ولو أقرّ بمحمل فصالح عنه وهما يعرفانه صح الصلح وإن لم يسمه أحد منهما كما لو قال : بعتك الشيء الذي أعرفه أنا وأنت ، ولو وكل المنكر في الصلح عنه

فصــل

الطرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ المَارَّةَ ، وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ ، بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِباً ، وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ المَحْمِلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ ،

أجنبياً جاز كما قاله أبو العباس ، وجرى عليه ابن المقري ، لأن الإنكار حرام للكذب والإضرار ، فإن أراد إزالة الضرر جاز كمن أذنب ذنبين وأراد التوبة من أحدهما ، وكالوارث يجهل أمر التركة فله التوكيل في الصلح لإزالة الشبهة عنه ، وقيل : لا يجوز وجرى عليه أبو إسحاق، لأنه مع الإنكار ألجأ إلى بيعه منه ، ولا يحل لأحد أن يلجىء غيره إلى بيع ماله ، وإنكار حقّ الغير حرام ، فلو بذل للمنكر مالاً ليقرّ بالمدّعى ففعل لم يصح الصلح لبنائه على فاسد ولا يلزم المال وبذله لذلك وأخذه حرام ، ولا يكون مقراً بذلك في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما جزم به ابن كج وغيره .

فصل

في التزاحم على الحقوق المشتركة (**الطريق النافذ**) بمعجمة ويعبر عنه بالشارع ، وقيل : بينه وبين الطريق اجتماع وافتراق ؛ لأنه يختص بالبنيان ولا يكون إلا نافذاً ، والطريق يكون ببنيان وصحراء ونافذاً وغير نافذ ويذكر ويؤنث (**لا يتصرّف فيه**) بالبناء للمفعول (**بما يضرّ المارّة**) في مرورهم فيه ، لأن الحق فيه للمسلمين كافة ، وتعبير المصنف بما يضرّ أولى من قول المحرر بما يبطل المرور ؛ لأن كل ما أبطل المرور ضرّ بخلاف العكس ، فعبارة المصنف أعم نبه عليه في الدقائق (**و**) على هذا (**لا يشرع**) أي يخرج (**فيه جناح**) أي روشن (**ولا ساباط**) أي : سقيفة على حائطين والطريق بينهما (**يضرهم**) أي : كل من الجناح والساباط لما تقدّم (**بل يشترط ارتفاعه**) أي كل منهما (**بحيث يمرّ تحته**) الماشي (**منتصباً**) من غير احتياج إلى أن يطأطىء رأسه ؛ لأن ما يمنع ذلك إضرار حقيقي ، ويشترط مع هذا أن يكون على رأسه الحمولة العالية كما قاله الماوردي ، وأن لا يظلم الموضع كما اقتضاه كلام الشافعي وأكثر الأصحاب ، ولا عبرة بالإظلام الخفيف ، ولو أحوج الإشراع إلى وضع الرمح على كتف الراكب ، بحيث لا يتأتى نصبه لم يضرّ ؛ لأن وضعه على كتفه لا ضرر فيه (**وإن كان ممرّ الفرسان والقوافل فليرفعه بحيث يمرّ تحته المَحْمِل**) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية (**على البعير مع أخشاب المظلة**) بكسر الميم كما في الدقائق فوق

المحمل ؛ لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادراً . والأصل في جواز ذلك أنه ﷺ «نَصَبَ بِيَدِهِ مِيزَاباً فِي دَارِ عَمِّهِ العَبَّاسِ» رواه الإمام أحمد والبيهقي وقال : إن الميزاب كان شارعاً لمسجده ﷺ ، ولو كان له داران في جانبي الشارع ، فحفر تحت الطريق سرداباً من إحداهما إلى الأخرى وأحكم أزجه ، بحيث يؤمن الانهيار لم يمنع لأنه لا فرق بين أن يرتفق بهذا الطريق أو بما تحته من غير ضرر على المارّين ، بخلاف المفسد المملوك فليس له ذلك بغير إذن أهله كما يؤخذ مما سيأتي في وضع الجناح بغير إذن أهله ، فإن فعل ما منع منه أزيل لقوله ﷺ «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ فِي الإِسْلاَمِ»[1] رواه ابن ماجه وغيره ، وهو حسن ، والمزيل له الحاكم لا كل أحد لما فيه من توقع الفتنة . لكن لكلّ أحد مطالبته بإزالته ؛ لأنه من إزالة المنكر .

تنبيه : ما أفهمه من جواز إخراج الجناح غير المضر هو في المسلم . أما الكافر فليس له الإشراع إلى شوارع المسلمين على الصحيح وإن جاز استطراقه لأنه كإعلاء البناء على المسلم في المنع . قال في المطلب : وسلوك أهل الذمة طرقات المسلمين ليس على استحقاق ملك بل إما بطريق التبع للمسلمين أو بما يبذلونه من الجزية إذا قلنا : إنها في مقابلة سكنى الدار ، ويجري الخلاف في آبار حشوشهم إذا أرادوا حفرها في أفنية دورهم . قال الأذرعي : ويشبه أن لا يمنعوا من إخراج الجناح ولا من حفر آبار حشوشهم في محالهم وشوارعهم المختصة بهم في دار الإسلام كما في رفع البناء وهو بحث حسن ، وقضية إطلاق المصنف جواز إخراج الجناح إلى الطريق بشرط أنه يجوز إخراج جناح تحت جناح صاحبه إذ لا ضرر وفوقه إن لم يضرّ بالمار على جناح صاحبه أو مقابله إن لم يبطل انتفاع صاحبه ، وكذا موضعه أيضاً إذا انهدم أو هدمه وإن كان على عزم إعادته ولو بحيث لا يمكن معه إعادته وهو كذلك كما لو قعد لاستراحة ونحوها في طريق واسع ثم انتقل عنه يجوز لغيره الارتفاق به ويصير أحق به . فإن قيل : قياس اعتبار الإعراض في القعود فيه للمعاملة بقاء حقه هنا إذا عاد إليه كما بحثه الرافعي . أجيب بأن إشراع الجناح إنما يكون بطريق التبع لاستحقاق الطروق وعند سقوط استحقاق الطروق ثابت لكل المسلمين ، فلذلك مَن سبق كان أحقّ به لمشاركته في السبب والانتفاع بالمقاعد ليس تبعاً لغيره ، فلذلك مَن سبق كان أحقّ به ما لم يعرض عنه ، وبأن المعاملة لا تدوم بل الانتقال عنها ، ثم العود إليها ضروري فاعتبر الإعراض بخلاف ما هنا فاعتبر الانهدام . نعم يستثنى من ذلك ما لو بنى داراً في

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠ ، ٢٣٤١) وأحمد ٣١٣/١ والحاكم ٥٨/٢ والبيهقي ٦٩/٦ .

وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الجَنَاحِ، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً، وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَضُرَّ

موات وأخرج لها جناحاً ثم بنى آخر داراً تحاذيه واستمر الشارع فإن حق الأوّل يستمرّ، وإن انهدم جناحه فليس لجاره أن يخرج جناحه إلا بإذنه لسبق حقه بالإحياء، ومَن سبق إلى أكثر الهواء بأن أخذ أكثر هواء الطريق لم يكن للآخر منعه، وحكم الشارع الموقوف حكم غيره فيما مر كما اقتضاه كلام الشيخين وإن توقف فيه في المطلب، والطريق ما جعل عند إحياء البلد أو قبله طريقاً أو وقفه المالك ولو بغير إحياء كذلك وصرّح في الرّوضة نقلاً عن الإمام بأنه لا حاجة في ذلك إلى لفظ. قال في المهمات: ومحله فيما عدا ملكه. أما فيه فلا بدّ من لفظ يصير به وقفاً على قاعدة الأوقاف اهـ وهذا ظاهر، وحيث وجدنا طريقاً اعتمدنا فيه الظاهر ولا يلتفت إلى مبدأ جعله طريقاً، فإن آختلفوا عند الإحياء في تقديره قال المصنف: جعل سبعة أذرع لخبر الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ الاخْتِلَافِ فِي الطَّرِيقِ أَنْ يَجْعَلَ عَرْضَهُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ». وقال الزركشي: مذهب الشافعي آعتبار قدر الحاجة والحديث محمول عليه اهـ وهذا ظاهر، فإن كان أكثر من سبعة أو من قدر الحاجة على ما مر لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه وإن قلّ، ويجوز إحياء ما حوله من الموات بحيث لا يضرّ بالمار. أما إذا كانت الطريق مملوكة يسبلها مالكها فتقديرها إلى خيرته، والأفضل له توسيعها **(ويحرم الصلح على إشراع الجناح)** أو الساباط بعوض وإن صالح عليه الإمام؛ لأن الهواء لا يفرد بالعقد، وإنما يتبع القرار كالحمل من الأم ولأنه إن ضرّ لم يجز فعله وإن لم يضر فالمخرج مستحقه وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أخذ العوض عنه كالمرور **(و)** يحرم **(أن يبني في الطريق دكة)** بفتح الدال: أي مصطبة أو غيرها **(أو يغرس شجرة)** ولو اتسع الطريق وأذن الإمام وانتفى الضرر لمنع الطروق في ذلك المحلّ ولتعثر المار بهما عند الازدحام؛ ولأنه إن طالت المدّة أشبه موضعهما الإملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه بخلاف الأجنحة ونحوها، واستشكل التعليل الأول بجواز غرس الشجرة بالمسجد مع الكراهة. والثاني: بجواز فتح الباب إلى ضرب منسدّ إذا سمره. وأجيب عن الأوّل بأن محلّ جواز غرس الشجرة بالمسجد إذا كان لعموم المسلمين بدليل أنهم لا يمنعون من الأكل من ثمارها، وقضيته جواز مثل ذلك في الشارع حيث لا ضرر وهو كذلك، وعن الثاني: بأن الحق في الدرب المنسدّ لخاص وهو قائم على ملكه وحافظ له بخلاف الشارع، فآنقطاع الحق عند طول المدّة أقرب **(وقيل إن لم يضرّ)** ذلك

جَـازَ، وَغَيْـرُ النَّافِـذِ يَحْرُمُ الإشْـرَاعُ إلَيْهِ لِغَيْـرِ أَهْلِهِ ، وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِيالأَصَحِّ إلاَّ بِرِضَا الْبَاقِينَ ، وَأَهْلُهُ مَنْ نَفَذَ بَابُ دَارِهِ إلَيْهِ ، لاَ مَنْ لاَصَقَهُ جِـدَارُهُ ،

المار (جاز) كإشراع الجناح ، وفرّق الأوّل بما مرّ ، وقضية كلامهم منع إحداث دكة وإن كانت بفناء داره وهو الظاهر كما جزم به ابن الرفعة ، وإن قال السبكي بجوازه عند انتفاء الضرر ، ولا يضر عجن الطين في الطريق إذا بقي مقدار المرور للناس كما قاله العبادي ، ومثله إلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تركت بقدر مدّة نقلها أو ربط الدواب فيه بقدر حاجة النزول والركوب . وأما ما يفعل الآن من ربط دواب العلافين في الشوارع للكراء فهذا لا يجوز ، ويجب على ولي الأمر منعهم ، وقد أفتيت بذلك مراراً لما في ذلك من الضرر ولو رفع التراب من الشارع وضرب منه اللبن وغيره وباعه صح مع الكراهة كما في فتاوى القاضي **(و)** الطريق **(غير النافذ يحرم الإشراع)** للجناح **(إليه لغير أهله)** بلا خلاف وإن لم يضرّ بغير رضاهم ؛ لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور **(وكذا)** يحرم الإشراع **(لبعض أهله في الأصح)** كسائر الأملاك المشتركة تضرروا بذلك أم لا **(إلا برضا الباقين)** فيجوز ضرّ أم لا . والثاني : يجوز بغير رضاهم إن لم يضرّ ، لأن كل واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره فيجوز بهوائه كالشارع ، وعلى الوجهين يحرم الصلح على إشراعه بمال لما مرّ ، ويعتبر إذن المكتري كما أفتى به البغوي ، ويقاس به الموصى له بالمنفعة ولو رضي بعضهم لبعض بذلك امتنع عليهم الرّجوع كما صرّح به الماوردي ؛ لأنه لا سبيل إلى قلعه مجاناً لوضعه بحقّ ولا إلى قلعه مع غرم الأرش ؛ لأنه شريك وهو لا يكلف ذلك ، ولا إلى إبقائه بأجرة ؛ لأن الهواء لا أجرة له كما مرّ ، وقضية ذلك أن الإخراج لو كان فيما لا حقّ للمخرج فيه بأن كان بين باب داره وصدر السكة كان لمَن رضي الرّجوع ليقلع ويغرم أرش النقص وهو ظاهر .

تنبيه : لو قال المصنف إلا برضا المستحقين لكان أولى لوجهين : أحدهما ليعود الاستثناء إلى المسألة الأولى أيضاً ، وهي ما إذا كان المشرع من غير أهله فإنه لا يصح التعبير فيها بالباقين . الثاني : لئلا يتوهم آعتبار إذن من بابه أقرب إلى رأس السكة لمن بابه أبعد وهو وجه ، والأصح خلافه بناء على استحقاق كلّ إلى بابه لا إلى آخر الدرب كما يعلم من قوله الآتي **(وأهله)** أي الدرب غير النافذ **(مَن نفذ باب داره إليه ، لا مَن لاصقه جداره)** من غير نفوذ بابه فيه ؛ لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع فهم الملاك دون غيرهم .

وَهَل الاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ ؟ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا الثَّانِي ،

تنبيه : لو قال مَن له المرور فيه إلى ملكه لكان أولى ليشمل ما لو كان له فيه فرن أو حانوت أو نحو ذلك (**وهل الاستحقاق في كلها**) أي الطريق المذكورة وهي تذكر وتؤنث (**لكلهم**) ؛ لأنهم ربما احتاجوا إلى التردّد والارتفاق بكله لطرح القمامات عند الإدخال والإخراج (**أم تختص شركة كل واحد بما بين رأس الدرب**) وهو عربي ، وقيل : معرب (**وباب داره وجهان : أصحهما الثاني**) ؛ لأن ذلك القدر هو محلّ تردّده ومروره وما عداه هو فيه كالأجنبيّ من السكة ولأهل الدرب المذكور قسمة صحنه كسائر المشتركات القابلة للقسمة ، ولو أراد الأسفلون لا الأعلون سدّ ما بينهم أو قسمته جاز ، بخلاف الأعلين ، ولو اتفقوا على سدّ رأس السكة لم يمنعوا منه ولم يفتحه بعضهم بغير رضا الباقين . نعم إن سدّه بآلة نفسه خاصة فله فتحه بغير رضاهم ، ولو امتنع بعضهم من سدّه لم يكن للباقين ذلك ، ولو وقف بعضهم داره مسجداً أو وجد ثم مسجد شاركهم المسلمون في المرور إليه فيمنعون من السدّ والقسمة ، ولا يجوز الإشراع عند الضرر وإن رضي أهل السكة لحق سائر المسلمين ، ويجوز الإشراع الذي لا يضر وإن لم يرض أهله ، ومحله إذا لم يكن المسجد حادثاً وإلا فإن رضي به أهل الدرب فكذلك وإلا فلهم المنع من الإشراع ، إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حقّ البقية من ذلك ، وكالمسجد فيما ذكر ما سبل ووقف على جهة عامة : كبئر ومدرسة ورباط ، نبه على ذلك الزركشي .

تنبيه : كان ينبغي له أن يقول في كله كما في غيره مما قدّمه ؛ لأنه عائد إلى غير النافذ وهو مذكر ، واستغنى عما قدّرته في كلامه تبعاً للشارح ، وقد أتى في المحرّر بجميع الضمائر مؤنثة لكونه عبر أوّلاً بالسكة ، ولما عبر المصنف بغير النافذ عدل عن تأنيث الضمائر إلى تذكيرها إلا هذه اللفظة ، وقوله : لكلهم كان الأولى أن يقول لكل منهم : فإنه لا نزاع في استحقاق كلها لكلهم : أي لمجموعهم فإن الكل يطلق على الكل المجموعي والكل التفصيلي . فإن قيل : إذا كان الاستحقاق لهم خاصة فلمَ جاز لغيرهم دخوله بغير إذنهم ؟ . أجيب بأن هذا من الحلال المستفاد بقرينة الحال . قال الزركشي : وقضيته أنه لا يجوز الدخول إذا كان فيهم محجور عليه لامتناع الإباحة منه ومن وليه ، وقد توقف الشيخ عز الدين في مسائل قريبة من ذلك : كالشرب من أنهارهم ، والظاهر كما قال بعض المتأخرين الجواز وإن كان الورع خلافه ، ومن ذلك ما قاله الأصحاب من أنه يجوز المرور بملك غيره إذا لم يصر طريقاً للناس . قال العبادي في طبقاته : وعليه يحمل إطلاق

وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلاسْتِطْرَاقِ ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي الأَصَحِّ ، وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ ،

الأكثرين الجواز ، ومحله فيما جرت العادة بالمسامحة بالمرور فيه ، وقد قيل : إن السلطان محمود لما قد مر واستقبله أهل البلد وفيهم القفال الكبير والقاضي أبو عاصم العامري: أحدهما عن يمين السلطان والآخر عن يساره وازدحموا، فتعدّى فرس القفال عن الطريق إلى أرض مملوكة لإنسان، فقال السلطان للعامري: هل يجوز أن يتطرّق في ملك الغير بغير إذنه؟ فقال له: سل الشيخ فإنه إمام لا يقع فيما لا يحلّ في الشرع فسمع القفال ذلك، فقال: يجوز السعي في أرض الغير إذا لم يخش أن يتخذ بذلك طريقاً ولا عاد ضرره على المالك بوجه آخر كالنظر في مرآة الغير والاستظلال بجداره (**وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق**) إلا بإذنهم لتضررهم، فإن أذنوا جاز ولهم الرجوع ولو بعد الفتح كالعارية. قال الإمام: ولا يغرمون شيئاً بخلاف ما لو أعار أرضاً للبناء ونحوه ثم رجع فإنه لا يقلع مجاناً. قال الرافعي: ولم أره لغيره، والقياس عدم الفرق، وفرّق في المطلب بينهما بما فيه نظر، والأولى ما فرّق به شيخنا من أن الرجوع هناك يترتب عليه القلع وهو خسارة فلم يجز الرجوع مجاناً، بخلافه هنا لا يترتب عليه خسارة لعدم اقتضائه لزوم سدّ الباب، وخسارة فتحه إنما ترتب على الإذن لا على الرجوع مع أن فتحه لا يتوقف على الإذن، وإنما المتوقف عليه الاستطراق (**وله فتحه إذا سمره**) بالتخفيف ويجوز التشديد (**في الأصح**)؛ لأن له رفع جداره فبعضه أولى. والثاني: لا، لأن فتحه يشعر بثبوت حق الاستطراق فيستدلّ به عليه. وما صححه تبعاً للمحرّر هو ما صححه في تصحيح التنبيه، وهو المعتمد وإن قال في زيادة الروضة: إن الأفقه المنع، فقد قال في المهمات: والفتوى على الجواز، فقد نقله ابن حزم عن الشافعي.

تنبيه : لو حذف لفظة سمره لكان أخصر وأشمل ، فإن الخلاف جار فيما إذا فتحه للاستضاءة ، وكذا لو قال : لا أدخل منه ولا أخرج كما قاله في البيان . نعم لو ركب على المفتوح للاستضاءة شباكاً أو نحوه جاز جزماً كما نقله الإسنوي وغيره عن جمع (**ومَن له فيه باب**) أو ميزاب (**ففتح آخر أبعد من رأس الدرب**) من بابه الأصلي (**فلشركائه**) أي لكل منهم (**منعه**) إذا كان بابه أبعد من الباب الأوّل ، سواء أسدّ الأوّل أم لا ؛ لأن الحق لغيره بخلاف مَن بابه بين المفتوح ورأس الدرب أو مقابل المفتوح كما في الروضة عن الإمام : أي المفتوح القديم كما فهمه السبكي وغيره ، وفهم البلقيني أنه الجديد ، واعترض عليه بأن

فَإِنْ كانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذٰلِكَ، وَإِنْ سَدَّهُ فَلَا مَنْعَ، وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَاباً بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ ،

المقابل للمفتوح مشارك في القدر المفتوح فيه فله المنع **(فإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسدّ الباب القديم فكذلك)** أي لشركائه منعه لأن آنضمام الثاني إلى الأوّل يورث زحمة ووقوف الدواب في الدرب فيتضررون به ، وقيل : يجوز ، واختاره الأذرعي وضعف التوجيه بالزحمة بتصريحهم بأن له جعل داره حماماً وحانوتاً مع أن الزحمة ووقوف الدواب في السكة وطرح الأثقال بكثرة أضعاف ما عساه يقع نادراً في فتح باب آخر للدّار اهـ ، وربما يجاب بأن موضع فتح الباب لم يكن له فيه استحقاق ، بخلاف جعل داره ما ذكر **(وإن سدّه فلا منع)** لأنه ترك بعض حقه ، ويجوز لمَن داره في آخر الدرب تقديم بابه فيما يختصّ به وجعل ما بين الدار وآخر الدرب دهليزاً . قال الإسنوي : ولو كان له دار بوسط السكة وأخرى بآخرها فالمتجه أنه يجوز لمَن داره بينهما منعه من تقديم باب المتوسطة إلى آخر السكة ؛ لأنه وإن كان شريكاً في الجميع لكن شركته سببها إنما هو إليها خاصة ، وقد يبيع لغيره فيستفيد زيادة الاستطراق ، ولو كان له في السكة قطعة أرض فبناها دوراً وفتح لكل واحدة باباً جاز ، قاله البغوي في فتاويه **(ومَن له داران تفتحان)** بفتح الفوقانية أوّله **(إلى دربين)** مملوكين **(مسدودين ، أو)** درب مملوك **(مسدود ، وشارع ففتح باباً بينهما لم يمنع في الأصح)** ؛ لأنه يستحق المرور في الدرب ، ورفع الحائل بين الدارين تصرّف في ملكه فلم يمنع حقه ، وتبع المصنف كالرّافعي في تصحيح هذا البغوي ، وهو المعتمد . والثاني : وهو ما نقله في الرّوضة عن العراقيين عن الجمهور ، وجرى عليه ابن المقري المنع ؛ لأنه في صورة الأولى يثبت لكل من الدارين استطراقاً في الدرب الآخر لم يكن له ، وفي الثانية : يثبت للملاصقة للشارع حقاً في المسدود لم يكن لها .

تنبيه : قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يبقى البابين على حالهما أو يسد أحدهما ، وهو كذلك وإن خصه الرافعي بما إذا سدّ باب أحدهما وفتح الباب لغرض الاستطراق ، وقوله : مسدودين أو مسدود وشارع كان الأولى أن يقول مملوكين أو مملوك وشارع كما قدّرته في كلامه ؛ لأنه لا يلزم من السد الملك بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو نحوه كما مرّ ، وقوله تفتحان هو بالمثناة فوق في أوّله لأن الدار مؤنثة ، وكذا كل فعل كان فاعله ضميراً لغائبتين ، قاله المصنف في الدقائق . قال أبو حيان : وبه ورد السماع . قال تعالى ﴿عَيْنَانِ تَجْرِيَانِ﴾ [الرحمٰن : ٥٠] وقال ﴿أَن تَزُولَا﴾ [فاطر : ٤١] وقال

وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحَ الْبَابِ فَصَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ ، وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَّاتِ ،

﴿امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ﴾ [القصص : ٢٣] وجوّز ابن فارس فيه الياء من تحت (**وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب بمال صحّ**) ؛ لأنه انتفاع بالأرض بخلاف إشراع الجناح ؛ لأن هناك بذل مال في مقابلة الهواء المجرّد ، هذا إذا صالحوه على الاستطراق . أما إذا صالحوه على مجرّد الفتح بمال فلا يصحّ قطعاً ، ثم إن قدّروا للاستطراق مدة فهو إجارة ، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيع جزء شائع من الدرب له ، وينزل منزلة أحدهم : كما لو صالح رجلاً على مال ليجري في أرضه ماء النهر كان ذلك تمليكاً لمكان النهر ، بخلاف ما لو صالحه بمال على فتح باب من داره ، أو أن يجري الماء على سطحه ، فإنه وإن صحّ لا يملك شيئاً من الدار والسطح ؛ لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق فإثباته فيها يكون نقلاً للملك . وأما الدار والسطح فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء . وقيد الأذرعي الجواز في تقدير المدة وعدمه بما إذا لم يكن بالدرب مسجد ونحوه كدار موقوفة على معين أو غيره ، وإلا فلا يجوز إذ البيع لا يتصوّر في الموقوف وحقوقه . قال : وأما الإجارة والحالة هذه فيتجه فيها تفصيل لا يخفى على الفقيه استخراجه ، ولو أذن صاحب الدرب لإنسان في حفر سرداب تحت داره ثم باعها فللمشتري أن يرجع كما كان للبائع ، قاله العبادي (**ويجوز**) للمالك (**فتح الكوّات**) في جداره في الدرب النافذ وغيره سواء أكان من أهل الدرب أم من غيرهم سواء أكان للاستضاءة أم لا أذنوا أم لا ؛ لأنه تصرّف في ماله ؛ لأن له إزالة جداره وجعل شباك مكانه ، والكوّات جمع كوة بفتح الكاف : الطاقة ، وفي لغة غريبة بضمها والواو مشدّدة فيهما وجمعها المصنف جمع تصحيح ، وفي كافه اللغتان ، ويجمع جمع تكسير فتجمع المفتوحة على كواء بالكسر مع المدّ والقصر ، والمضمومة على كوى بالضم والقصر .

تنبيه : غالب ما تفتح الكوات للاستضاءة ، وله نصب شباك عليها بحيث لا يخرج منه شيء ، فإن خرج هو أو غطاؤه كان كالجناح . قال السبكي : فليتنبه لهذا ، فإن العادة أن يعمل في الطاقات أبواب تخرج فيمنع من هواء الدرب ، هذا في حق مَن ليس له الفتح للاستطراق ، فإن كان له ذلك فلا منع من أبواب الطاقات ، وقضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في الجواز بين كون الكوّة عالية أو لا وهو كذلك وإن قيده الجرجاني بما إذا كانت عالية لا يقع النظر منها إلى دار جاره فقد صرّح الشيخ أبو حامد بجواز فتح كوّة في ملكه مشرفة على جاره وعلى حريمه ، وليس للجار منعه ؛ لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع

وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ يَشْتَرِكان فِيهِ ، فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلآخَرِ وَضْعُ الْجُذُوعِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ في الْجَدِيدِ ، وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ ،

منه ، فإذا رفع بعضه لم يمنع (**والجدار بين مالكين**) لبناءين (**قد يختصّ**) أي ينفرد (**به أحدهما**) ويكون سائراً للآخر (**وقد يشتركان فيه فالمختصّ**) به أحدهما (**ليس للآخر وضع الجذوع**) بالمعجمة أي خشبه (**عليه بغير إذن في الجديد ، ولا يجبر المالك**) له إن امتنع من وضعها لخبر «لَا يَحِلُّ لامْرِيءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ»[1] رواه الحاكم بإسناد على شرط الشيخين في معظمه ، وكل منهما منفرد في بعضه ، ولخبر «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ» قال المصنف : حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني ، وقياساً على سائر أمواله ، ونقله البغوي في شرح السنّة عن أكثر أهل العلم ، والقديم يجوز ذلك ويجبر المالك لحديث الشيخين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه «لَا يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ» ثم يقول أبو هريرة : ما لي أراكم عنها : أي عن السنة معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم بالتاء المثناة من فوق : أي بينكم ، وروي بالنون ، ومعناه أيضاً بينكم فإن الكنف هو الجانب . قال البيهقي : ولم نجد في السنة ما يعارض هذا الحديث ، ولا تصح معارضته بالعمومات ، وأجاب عنه الأصحاب بأنه محمول على الندب لقوّة العمومات المعارضة ، وبأن الضمير في جداره لصاحب الخشب : أي لا يمنع جاره أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرّر به من جهة منع الضوء ونحوه . قال الإسنوي : ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية ، فإنه أقرب من الأوّل فوجب عود الضمير إليه .

تنبيه : قد يقتضي التعبير بالجديد أن مقابله قديم محض وليس مراداً بل هو منصوص عليه في الجديد أيضاً ، حكاه البويطي عن الشافعي ، وهو من رواة الجديد ، وظاهره أن القول القديم مطلق وليس مراداً ، بل له شروط : أن لا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه ، وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، وأن لا يبني عليه أزجاً ، وأن لا يضع عليه ما لا يحمله الجدار ولا يضرّ به ، وأن لا يملك الجار شيئاً من جدار البقعة التي يريد تسقيفها ، وأن لا يملك إلا جداراً واحداً ، وقد يفهم من التعبير بالوضع اختصاص الخلاف بذلك ، وأنه لا يجوز إدخال الجذوع في الحائط قطعاً وليس مراداً ، بل الخلاف جار فيه أيضاً ، وفرض المصنف الخلاف في الجدار بين المالكين يخرج الساباط إذا أراد أن يبنيه على

---

(١) أخرجه الحاكم ١٩٣/١ والطحاوي في المشكل ٤٢/٤ وفي المعاني ٢٤١/٤ .

فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عِوَضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصَحِّ ، وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ وَقِيلَ فَائِدَتُهُ طَلَبُ الْأُجْرَةِ فَقَطْ ، وَلَوْ : رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُذُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ، وَإِنْ قَالَ بِعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ أَوْ بِعْتُهُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ فَالْأَصَحُّ أَنَّ هٰذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ

شارع أو درب غير نافذ ، وأن يضع طرف الجذوع على حائط جاره المقابل ، فلا يجوز ذلك إلا بالرضا قطعاً ، قاله المتولي وغيره ؛ لأن هذا الجدار ليس بين مالكين . فإن قيل : قوله : ولا يجبر المالك قد يفهم أنه مجزوم به وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداء وليس مراداً فلو حذفه لكان أولى . أجيب بأنه فرّعه على الجديد **(فلو رضي)** المالك بالوضع **(بلا عوض)** وقلنا بعدم الإجبار **(فهو إعارة)** لصدق حدّها عليه فيستفيد بها المستعير الوضع مرّة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها ، أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانياً في الأصح ؛ لأن الإذن إنما يتناول مرّة فقط **(وله)** أي للمالك **(الرجوع قبل البناء عليه)** قطعاً **(وكذا بعده في الأصح)** كسائر العواري . والثاني : لا رجوع له بعد البناء ؛ لأن مثل هذه العواري يراد بها التأبيد كالإعارة لدفن الميت **(وفائدة الرجوع تخييره بين أن يبقيه)** أي الموضوع المبني عليه **(بأجرة أو يقلع)** ذلك **(ويغرم أرش نقصه)** وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً كما في إعارة الأرض للبناء أو الغراس ، وليس له التملك لذلك بقيمته وإن قال الزركشي : إن قضية كلام أكثر العراقيين أن له ذلك ، بخلاف مَن أعار أرضاً للبناء أو الغراس ، فإن له بعد رجوعه أن يتملكه بقيمته ؛ لأن الأرض أصل فجاز أن تستتبع والجدار تابع فلا يستتبع **(وقيل فائدته طلب الأجرة)** في المستقبل **(فقط)** ؛ لأن القلع يضرّ المستعير ؛ لأن الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدار لا تستمسك على الجدار الآخر والضرر لا يزال بالضرر **(ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض)** على قول منع الإجبار **(فإن أجر رأس الجدار للبناء)** عليها **(فهو إجارة)** كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع ، لكن لا يشترط فيها بيان المدّة في الأصح ؛ لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح . والثاني : يشترط وكلام المصنف يقتضيه . قال الزركشي : نعم لو كانت الدار وقفاً عليه وأجره فلا بدّ من بيان المدة قطعاً ، كذا ذكره القاضي حسين **(وإن قال بعته للبناء عليه ، أو بعت حق البناء عليه ، فالأصح أن هذا العقد)** الواقع بلفظ البيع أو بلفظ الصلح كما في الكفاية **(فيه شوب بيع)** لكونه مؤبداً

وَإِجَارَةٍ ، فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ ، وَلَوِ انْهَدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ ،

(و) شوب (إجارة) ؛ لأن المستحق بـه منفعة فقط إذ لا يملك المشتـري فيه عينـاً ، فلو كان إجـارة محضة لاشترطنـا تـأقيتهـا أو بيعـاً محضـاً لكـان رأس الجـدار لصـاحب الجـذوع . والثاني : أن هذا العقد بيع يملك به مواضـع رؤوس الجذوع . والثـالـث : أنه إجـارة مؤبدة للحاجة ، واحترز بقوله للبناء عليه عما إذا باعه وشرط أن لا يبني عليه فإنه جائز قطعاً وينتفع به بما عدا البناء من مكث عليه وغيره ، وكـذا لو بـاعه ولم يتعـرّض للبناء بـالكلية كمـا ذكره الماوردي ، وحكم البناء على الأرض أو السقف أو الجدار بلا جذوع كذلك .

تنبيـه : قوله شوب . قال في الدقائق : إنه الصواب ، وأن قول بعضهم شائبـة محض تصحيف . قـال السبكي : لا يـظهـر لي وجـه التصحيف في ذلـك ؛ لأن الشـوب الخلط ، ويطلق على المخلوط به ، وهو المراد هنا ، والشائبة يشاب بها ، فكل منهما صواب . وقال الإسنوي : التعبير بالتصحيف هنا لا مدخل له . بل صوابه التحريف (فإذا بنى) بعـد قولـه : بعتـه للبناء أو بعت حق البنـاء وقلنـا بـالأوّل (فليس لمـالـك الجـدار نقضـه) أي نقض بنـاء المشتري (بحال) أي لا مجاناً ولا مـع إعطاء أرش نقصـه ؛ لأنه يستحق الـدوام بعقد لازم . نعم إن اشترى مـالـك الجـدار حق البنـاء من المشتـري جـاز كمـا صـرّح بـه المحـاملي وأبو الطيب ، وحينئذ يتمكن من الخصلتين اللتين جوّزناهما لو أعار لزوال استحقاق صـاحب الجذوع .

تنبيـه : سكت الشيخان عن تمكين البائع من هدم حـائط نفسه ومن منـع المشتري أن يبني إذا لم يكن بنى ، ولا شك كما قاله الإسنوي إنه لا يتمكن منهما ، ولو وجدنا الجـذوع موضوعة على الجدار ولم نعلم كيف وضعت ، فالظاهر أنها وضعت بحقّ فلا تنقض ويقضى باستحقاقها دائماً ، فلو سقط الجدار وأعيد فله إعادتها بلا خلاف ، لأنا حكمنا بـأنها وضعت بحقّ وشككنا في المجوّز للرجوع ولمالـك الجدار نقضـه إن كان مستهـدماً وإلا فـلا كما في زيادة الروضة (ولو آنهدم الجدار) بعد بناء المشتـري أو قبله (فأعـاده مالكـه) باختيـاره ، ولا يلزمه ذلك في الجديد (فللمشتري) أولى منه فللمستحقّ (إعادة البناء) في الأولى وابتداؤه في الثانية بتلك الآلات وبمثلها ؛ لأنه حقّ ثبت له ، ولو لم يبنـه المالـك فأراد صـاحب الجذوع إعـادته من مـاله ليبني عليـه قال الإسنـوي : كان لـه ذلك كمـا صـرّح بـه جمـاعـة ، وقـال

وَسَوَاءٌ كَـانَ الإِذْنُ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْـرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَـانُ قَدْرِ المَوْضِـعِ المَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُـولاً وَعَرْضـاً ، وسَمْكِ الجُـدْرَانِ وَكَيْفِيَّتِهَا وَكَيْفِيَّـةِ السَّقْفِ المَحْمُـولِ عَلَيْهَا ،

السبكي : إنه قضية كلام الأصحاب ، وفهم مما قدّرته في كلام المصنف أن العقد لا ينفسخ بعارض هدم أو آنهدام ، وهو كذلك كما ذكره في أصـل الروضة لالتحاقه بالبيـوع وإن كان قضية تعليل الـرافعي ، وقول المصنف فللمشتـري اختصاص ذلـك بما إذا وقـع العقد بلفظ البيـع ونحوه ، فـأما إذا أجـره إجارة مؤقتـة فيجري في آنفسـاخها الخـلاف في انهدام الـدار المستأجرة ، وخرج بانهدام ما لو هدمه شخص من مالك أو غيره فإن المشتري يـطالب بقيمة حقّ وضع بنائه على الجدار للحيلولة بينه وبين حقه سواء أبنى أم لا مـع غرم أرش البنـاء إن كان قد بنى وإلا فلا أرش ، فإن أعيد الجدار استعيدت القيمة لزوال الحيلولة ، وله البناء إن لم يكن بنى وإعادته إن كان قد بنى .

تنبيـه : لا يغرم الهادم أجرة البناء لمدّة الحيلولة . قال الإمام : لأن الحقّ على التـأبيد وما لا يتقدّر لا ينحط عما لا يتناهى . قال الإسنوي : وفي كلامه إشارة إلى الوجوب فيما إذا وقعت الإجارة على مدّة ، والمتجه عدم الـوجوب ؛ لأن وجـوب الأجرة للحيلولـة إنما محله عنـد قيام العين ، ولم يصـرّحوا بـوجوب إعـادة الجدار على مـالكه ، وينبغي أن يُقـال : إن هدمه مالكه ابتداء عدوانـاً فعليه إعـادته ، وإن هـدمه أجنبي أو مـالكه وقـد استهدم لم تجب لكن يثبت للمشتـري الفسخ إن كـان ذلـك قبـل التخليـة اهـ ، والمعتمـد أنـه لا يجب على المالك إعادته مطلقاً كما هو ظـاهر كـلام الأصحاب ، ويغـرم الأجنبي للمالـك أرش الجدار مسلوب منفعة رأسه ، وإذا أعاده المالك آستردّ من المشتري ما أخذه في نظيرها **(وسواء كان الإذن)** في وضع البناء على غير أرض **(بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضـاً)** وبيان محله **(وسمـك الجدران)** بفتـح السين **(وكيفيتها)** أي : الجـدران أهي مجـوّفة أو منضـدة ؟ وهي مـا التصق بعضهـا إلى بعض من حجـر أو غيـره **(وكيفيـة السقف المحمـول عليها)** أهـو من أزج ، وهو العقـد المسمى بـالقبـو أو خشب أو غيـر ذلـك ؛ لأن الغرض يختلف بذلك ، ولا يشترط التعرّض لوزن الآلـة في الأصح ، وتغني مشـاهدة الآلـة عن كلّ وصف .

فائـدة : ارتفاع الجـدار من الأرض سمك بفتـح السين والمنزول منـه إليها عمق بضمّ العين المهملة لا طول وعرض بـل طولـه امتداده من زاويـة البيت مثلاً إلى زاويتـه الأخرى ،

وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ، وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِداً أَوْ يَفْتَح كَوَّةً إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعاً لَا يَضُرُّ ، وَلَهُ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ

وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر ، وقد تقدّم أن الأولى للمصنف أن يزيد همزة قبل كان ويأتي بأم عوضاً عن أو ، وقد وقع للمصنف مثل هذا في مواضع كثيرة **(ولو أذن في البناء على أرضه كفى بيان قدر محل البناء)** ؛ لأن الأرض تحمل كلّ شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر مكان البناء ، وينبغي كما قال الأذرعي : بيان قدر حفر الأساس طولاً وعرضاً وعمقاً لاختلاف الغرض به . فإن المالك قد يحفر سرداباً أو غيره تحت البناء لينتفع بأرضه ، ويمنع من ذلك مزاحمة تعميق الأساس **(وأما الجدار المشترك)** بين اثنين مثلاً **(فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن)** من الآخر **(في الجديد)** والقديم له ذلك كالقديم في الجار ، وقد سبق توجيههما ، وهو هنا أولى **(وليس له)** أي أحدهما **(أن يتد فيه وتداً)** بكسر التاء فيهما وفتحها في الثاني **(أو يفتح)** فيه **(كوّة)** أو يترب كتابه منه ، أو نحو ذلك مما يضايق فيه عادة **(إلا بإذنه)** أو علمه برضاه كغيره من المشتركات ، وأفهم جواز الفتح وغيره بالإذن ، لكن يشترط في الفتح أن لا يكون بعوض وإلا كان صلحاً على الضوء والهواء المجرّد . قال ابن الرفعة : وإذا فتح بالإذن فليس له السدّ إلا بالإذن أيضاً ؛ لأنه تصرف في ملك الغير **(وله أن يستند إليه ، و)** أن **(يسند)** إليه **(متاعاً)** بقيد زاده بقوله **(لا يضرّ ، وله)** ولغيره **(ذلك في جدار الأجنبي)** ؛ لأنه لا ضرر على المالك فلا يضايق فيه بل له ذلك ، ولو منعه المالك ؛ لأن منعه عناد محض بل آدّعى الإمام في المحصول الإجماع فيه ، فإن قيل قضية كلامهم في باب العارية ، أنه لا يجوز الاستناد إلى جدار الغير بغير إذنه . أجيب بأن ذلك محمول على استناد يضرّ وللشريكين قسمة الجدار عرضاً في كمال الطول ،وهذه صورته [شكل] وطولاً في كمال العرض : وهذه صورته [شكل] لكن بالتراضي لا بالجبر : فلو طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإجبار القرعة : وهي ممتنعة هنا ؛ لأنها ربما أخرجت لكلّ منهما ما يضر الآخر في انتفاعه بملكه ، وكيف يقسم الجدار : هل يشقّ بالمنشار أو يعلم بعلامة كخط ؟ فيه وجهان ، الظاهر كما قال شيخنا : جواز كل منهما ، ولا نظر في الأوّل أن شق الجدار إتلاف له وتضييع ؛ لأنهما يباشران القسمة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما النقض ، ويجبر على قسمة عرصة الجدار ، ولو

وَلَيْسَ لَهُ إجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الجَدِيدِ ، فَإِنْ أَرَادَ إعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعْ ،

كان عرضاً في كمال الطول ليختص كل منهما بما يليه ، فلا يقتسمانها بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر، بخلاف ما إذا اقتسماها طولاً في كمال العرض، وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مرّ فيه بأنها مستوية وتتيسر قسمتها غالباً بخلافه، وسيأتي إيضاح ذلك إن شاء الله تعالى في باب القسمة **(وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد)** ولو بهدم الشريكين للمشترك لاستهدام أو لغيره كما لا يجبره على زراعة الأرض المشتركة ، ولأن الممتنع يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة ، والضرر لا يزال بالضرر . نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح ، وبها يندفع الضرر القديم ، ونصّ عليه في البويطي الإجبار صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل ، وأفتى بهذا ابن الصلاح ، واختاره الغزالي ، وصححه جماعة ، وقيل : إن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين ، فإن ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح أو شك في أمره لم يجبره وإن علم أنه عناد أجبره . قال في الروضة : ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما وإصلاح دولاب بينهما تشعث إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة ، ولو هدم الجدار المشترك أحد الشريكين بغير إذن الآخر لزمه أرش النقص لا إعادة البناء ؛ لأن الجدار ليس مثلياً ، وعليه نصّ الشافعي في البويطي وإن نص في غيره على لزوم الإعادة ، ولا يجبر أحد الشريكين على سقي النابت من شجر وغيره كما صرّح به القاضي وغيره خلافاً للجوري ، ولا إعادة السفل لينتفع به صاحب العلو ، فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأوّل إجبار الثاني على إعادة السفل ، ولا للثاني إجبار الأوّل على معاونته في إعادته والسفل والعلو بضمّ أوّلها وكسره **(فإن أراد)** الشريك **(إعادة منهدم بآلة لنفسه لم يمنع)** ليصل إلى حقه بذلك ، واعترض القاضي أبو الطيب وابن الصباغ بذلك، فقالا : أساس الجدار مشترك فكيف جوّزتم بناءه بآلة نفسه ، وأن ينتفع به بغير إذن شريكه ؟ وقال السبكي : العرصة مشتركة ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها ، لا سيما وهو يمكنه المقاسمة ، فإن الصحيح جواز المقاسمة في ذلك بالتراضي عرضاً في كمال الطول وبها يندفع الضرر اهـ . وصوّر صاحب التعليقة على الحاوي المسألة بما إذا كان الأسّ للباني وحده ، وجرى عليه البارزي وصاحب الأنوار ، والمنقول ما في المتن . وأجيب عما ذكر بأن له حقاً في الحمل فكان له إعادة الجدار لأجله ، وقضيته أنه إذا لم يكن عليه بناء ولا جذوع لا يكون له إعادته مع أن

وَيَكُونُ المُعَادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُـهُ إِذَا شَاءَ، وَلَوْ قَالَ الآخَرُ لاَ تَنْقُضْهُ وَأَغْـرَمُ لَكَ حِصَّتِي لَمْ يَلْزَمْـهُ إِجَابَتُـهُ ، وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَـهُ بِنُقْضِهِ المُشْتَرَكِ فَلِلآخَرِ مَنْعُهُ ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنُقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكاً كَمَا كَانَ ، وَلَوِ ٱنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الآخَرُ زِيَادَةً جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَـابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الآخَرِ ،

ظـاهر كـلامهم الإطلاق ، وهـو المعتمد وإن كـان مشكلاً **(ويكـون المعاد ملكـه يضع عليـه ما شاء وينقضه إذا شاء)** ؛ لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه . نعم لو كان لشريكـه عليه جـذع خير الباني بين تمكين الشريك من إعادتـه ونقض بنائـه ليبني معه الآخـر ويعيد جـذعه **(ولـو قال الآخر : لا تنقضه وأغرم لك حصتي)** أي قيمـة ما يخصني **(لم يلزمـه إجابتـه)** على الجديـد كابتداء العمارة . أما على القديم وهو لزوم العمارة فعليه إجابته ، ولو عمـر البئر أو النهـر لم يمنع شريكه من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره ، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والآلات التي أحدثها **(وإن أراد إعادته بنقضه المشترك فللآخر منعه)** كسائر الأعيان المشتركة ، وأفهم كلام المصنف جواز الإقدام عليه عند عدم المنـع . وقال في المـطلب : إنه مفهـوم كلامهم بلا شك ، والنقض بكسر النون وضمها ، وجمعه أنقاض قالـه في الدقـائق **(ولو تعـاونا على إعادته)** بأنفسهما أو بغيـرهما **(بنقضـه عاد مشتـركاً كمـا كان)** قبـل إعادتـه ، فلو شرطـا زيادة لأحدهما لم يصح على الصحيح لأنه شرط عوض من غير معوّض **(ولو انفرد أحدهما وشرط لـه الآخر زيـادة جاز وكـانت في مقـابلة عمله في نصيب الآخـر)** وقـد صـوّر الـرّافعي ذلـك بصـورتين : إحداهمـا ، وهي الأقرب إلى عبـارة المصنف أن يعيد ذلـك بـالنقض المشتـرك فيصيـر له الثلثـان ويكون السـدس في مقابلة عمله ، ومحله إذا جعـل له الـزيادة من النقض والعـرصة في الحـال ، فإن شرطه بعـد البناء لم يصـح ، لأن الأعيـان لا تؤجـل . الصـورة الثانية : أن تكون الإعادة بآلته ، فإذا شرط لـه الآخر السـدس كما مـرّ فقد قـابل ثلث الآلـة المملوكـة له وعمله بسـدس العـرصـة المبنى عليهـا ، ولا بـدّ من العلم بـالآلات وبصفـات الجدران كما قاله الرّافعي .

تتمـة : لصاحب العـلو بناء السفل بماله ويكون المعـاد ملكه ، ويـأتي فيه مـا مرّ في الجـدار المشترك ، ولصـاحب السفل السكنى في المعـاد ؛ لأن العرصـة ملكـه ، وليس لـه الانتفاع به بفتح كوّة وغرز وتد ونحوهما ، ولـلأعلى هدمـه ، لأنه ملكـه ، وكذا لـلأسفل إن بناه الأعلى قبل امتنـاع الأسفل من البنـاء ما لم يبن الأعلى علوه ، فـإن بناه فللأسفـل تملك

وَيَجُـوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ المَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ ،

السفل بالقيمة وليس له هـدمه . أمـا إذا بنى السفل بعـد امتناع الأسفـل فليس له تملكـه ولا هدمه لتقصيره ، سواء أبنى عليه الأعلى علوه أم لا . ويؤخذ من هـذا أن له البنـاء بآلـة نفسه وإن لـم يمتنع الأسفل منه ، ومثله الشريك في الجدار المشتـرك ونحوه ، وهـو كذلـك ، وإن قيـل في ذلك وقفـة ولصاحب العلو وضـع الأثقال المعتـادة على السقف المملوك لـلآخـر أو المشترك بينهما ، وللآخر الاستكنان به والتعليق المعتاد به كثوب ولو بـوتد يتـده ؛ لأنا لـو لـم نجوّز له ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع . فإن قيل قد مرّ أن الجدار المشترك ليس لأحـد الشريكين أن ينتفع به بما يضايق فيه عادة ، فكان ينبغي أن يكون هنا كـذلك ؟. أجيب بـأن الأعلى ثبت له الانتفاع قطعاً فثبت للأسفل ذلك تسوية بينهما وفي الجدار لم يثبت لأحدهمـا ذلك فلم يثبت للآخـر تسويـة بينهما ، ويجـوز غرز الـوتد لصـاحب العلو فيما يليـه في أحد وجهين . قال شيخنا : هـو الظاهـر **(ويجوز أن يصـالح على إجـراء الماء ، و)** على **(إلقـاء الثلج في ملكه)** أي : المصالح معه **(على مال)** ؛ لأن الحاجـة تدعـو إلى ذلك ، لكن محله في الماء المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه . والحاصل إلى سطحه من المطر . أما غسـالة الثياب والأواني فلا يجوز الصلح على إجرائها على مال ؛ لأنه مجهول لا تدعو الحـاجة إليـه وإن خالف في ذلك البلقيني ، وقال : إن الحاجـة إليه أكثـر من حاجـة البناء على الأرض . وشرط المصالحة على إجراء ماءالمطر على سطح غيره : أن لا يكون له مصـرف إلى الطريق إلا بمـروره على سطح جـاره ، قالـه الإسنوي ، ومحـلّ الجواز في الثلج إذا كـان في أرض الغير لا في سطحه لما فيه من الضرر ، ويشترط معرفة السطح الذي يجري منه الماء ، سواء أكان ببيع أو إجارة أو إعارة ؛ لأن المطر يقلّ بصغره ويكثر بكبـره ومعرفـة قدر السـطح الذي يجري إليه وقوّته وضعفه فإنه قد يتحمـل قليل المـاء دون كثيره ، ولا يضـر الجهل بقـدر ماء المـطر ؛ لأنه لا يمكن معـرفته ؛ لأنـه عقد جـوّز للحاجـة ، ثم إن عقـد على الأوّل بصيغـة الإجـارة فلا بـد من بيان مـوضع الإجـراء وبيان طـوله وعـرضه وعمقـه وقدر المـدّة إن كانت الإجارة مقدرة بها ، وإلا فلا يشترط بيان قدرها كنظيره فيما مرّ في بيع حق البناء ، ولا بدّ أن يكون الـموضع محفوراً وإلا فلا يصح ؛ لأن المستأجر لا يملك الحفر وإن عقد بصيغـة البيع بأن قال : بعتك مسيل الماء وجب بيان الطول والعرض لا بيـان العمق ؛ لأنه ملك القـرار أو بعتك حق مسيل الماء فكما مرّ في بيع حق البنـاء ، وإن عقد بصيغـة الصلح آنعقد بيعـاً كما اقتضاه كلام الكفاية ، ولا حـاجة في العـارية إلى بيـان ؛ لأنه يـرجع فيهـا متى شاء والأرض

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَاراً بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا فَإِنِ اتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُمَا بَنَيَا مَعاً فَلَهُ الْيَدُ

تحمل ما تحمل بخلاف السقف كما مرّ ، وليس للمستحق في المواضع كلها دخول الأرض من غير إذن مالكها إلا لتنقية النهر وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرجه من النهر تفريغاً لملك غيره ، وليس لمَن أذن له في إجراء المطر على السطح أن يطرح الثلج عليه ، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه ، ومَن أذن له في إلقاء الثلج لا يجري المطر ولا غيره . ولو كان مجرى ماء في ملك غيره فادّعى المالك أنه كان عارية قبل قوله كما أفتى به البغوي ، واحترز المصنف بقوله : إجراء الماء عن الماء كما لو كان له نهر جار فصالحه إنسان على أن يسقي زرعه منه بساقية لم يصح ؛ لأن المعقود عليه الماء والمملوك الماء الموجود دون ما ينبع ، والحيلة فيه كما قاله القاضي حسين أن يبيع قدراً من النهر والماء تابع .

تنبيه : قد يفهم من قوله في ملكه أنه قيد ، وليس مراداً ، بل يجوز ذلك في الأرض الموقوفة والمستأجرة ، لكن يعتبر هنا التأقيت ؛ لأن الأرض غير مملوكة فلا يمكنه العقد عليها مطلقاً ، وأن يكون هناك ساقية ، إذ ليس له إحداث ساقية أبداً .

فرعان : الأول : المصالحة عن قضاء الحاجة من بول أو غائط ، وطرح الكناسة في ملك الغير على مال عقد فيه شائبة بيع وإجارة ، وكذا المصالحة عن المبيت على سقف غيره. **الثاني** : للشخص تحويل أغصان شجرة لغيره مالت إلى هواء ملكه الخالص أو المشترك امتنع مالكها من تحويلها ، وله قطعها ولو بلا إذن قاض إن لم يمكن تحويلها ، ولا يصح الصلح على بقاء الأغصان بمال ، فإن اعتمدت على الجدران صحّ الصلح عنها يابسة لا رطبة لزيادتها فلا يعرف قدرها وثقلها وانتشار العروق في أرضه كانتشار الأغصان في هواء ملكه ، وكذا ميل الجدار إلى هواء الدار . قال في المطلب : وليس له إذا تولى القطع والهدم بنفسه طلب أجرة على ذلك . قال : ولو دخل الغصن المائل إلى هواء ملكه في برنية ونبت فيها أترجة وكبرت قطع الغصن ، والأترجة لتسلم البرنية لاستحقاق قطعهما قبل ذلك ، قاله الماوردي والروياني . ثم قالا : وهذا بخلاف ما لو بلع حيوان غيره جوهرة ، فإنه لا يذبح لأن له حرمة **(ولو تنازعا)** أي : اثنان **(جداراً بين ملكيهما ، فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث يعلم أنهما بنيا معاً)** كأن دخل نصف لبنات كل منهما في الآخر أو بنى الجدار على خشبة طرفها في ملكه وليس منها شيء في ملك الآخر ، أو كان له عليه أزج وهو العقد قد أميل من مبتدأ ارتفاعه عن الأرض **(فله اليد)** عليه ، وعلى الخشبة المذكورة لظهور أمارة

وَإِلاَّ فَلَهُمَـا، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِلاَّ حَلَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَـلا جُعِلَ بَيْنَهُمَـا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَـدُهُمَا

الملك بـذلك فيحلف ويحكم لـه به إلا أن تقـوم بينة بخـلافه ، ولـو كان الجـدار مبنياً على تربيع أحـد الملكين زائداً أو نـاقصاً بـالنسبة إلى ملك الغيـر فهو كـالمتصل بجـدار أحدهمـا اتصالاً لا يمكن إحداثه ، ذكره في التنبيه وأقرّه المصنف في تصحيحه .

تنبيـه : قال الإسنوي : قـول المصنف إنهما بكسـر الهمزة : لأن حيث لا تضـاف إلا إلى جملة وردّ بـأن حيث هنا مضـافـة إلى يعلم ، وأنّ إذا وقعت بعـد العلم تكـون مفتـوحـة **(وإلا)** أي وإن لم يحصـل الاتصال المـذكور بـأن كلا منفصـلاً من جدارهمـا أومتصـلاً بهمـا آتصـالاً يمكن إحداثه أو لا يمكن ، أو متصلاً بأحدهما آتصالاً لا يمكن إحداثه بأن وجد الاتصال في بعضـه . أو أميل الأزج الـذي عليه بعـد ارتفاعـه ، أو بنى الجدار على خشبـة طـرفـاهـا في ملكيهمـا **(فلهما)** اليـد عليه لعـدم المرجـح ، وعبارة المحـرّر والروضـة وأصلهـا : فهـو في أيديهما ، وذلك أولى من عبارة المصنف فليتأمّل .

تنبيـه : أفهم كلامه أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك فلا ترجيح بالنقش بظاهر الجـدار كالصور والكتابات المتخذة من جصّ أو آجر أو غيره ، ولا بالجذوع كما سيأتي ، ولا بتوجيه البناء وهو جعل إحدى جانبيه وجهاً كأن يبني بلبنات مقطعة ، ويجعل الأطـراف الصحاح إلى جـانب ومـواضـع الكسـر إلى جـانب ، ولا بمعـاقـد القمط بكسـر القـاف وإسكـان الميم وبضمهمـا ، لكنه بضمهمـا جمع قمـاط ، والمراد بـه معنى قمط ، وهو حبـل رقيق يشدّ بـه الجريد ونحوه ، وإنما لم يرجح بهذه الأشياء ؛ لأن كون الجدار بين الملكين علامة قوية في الاشتراك ، فلا يغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة كالتجصيص والتـزويق **(فإن أقـام أحدهما بينة)** أنه له **(قضى له)** به ؛ لأن البينة مقـدّمة على اليـد ، وتكون العـرصة تبعـاً على الأصح **(وإلا)** أي وإن لم يكن لأحدهما بينة أو أقامها كل منهما **(حلفاً)** أي حلف كل منهمـا على نفي استحقـاق صاحبـه للنصف الذي في يـده ، ولا يلزمه أن يتعـرّض لإثباتـه كما نقله الشيخان عن النص وأنه مستحق النصف الذي بيد صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما مدّعى عليه ويـده على النصف ، فالقـول قولـه فيـه كـالعين الكـاملة . وقيـل : يحلف كـل منهمـا على الجميع ؛ لأنه يـدّعيه **(فـإن حلفا أو نكـلا)** عن اليمين **(جعل)** الجـدار **(بينهما)** بـظاهر اليـد فينتفـع كل بـه مما يليـه على العـادة **(وإن حلف أحدهمـا)** ، ونكل الآخـر كما في المحـرّر

قُضِيَ لَهُ ، وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَمْ يُرَجَّحْ ، وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلْوِهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ فَيُنْظَرُ أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُوِّ فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا ، أَوْ لَا فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ .

(قضي له) بالكل ، وتتضح مسألة الحلف بما ذكروه في الدعاوى والبينات ، وهو أنه إذا حلف مَن بدأ القاضي بتحليفه ونكل الآخر بعده حلف الأوّل اليمين المردودة ليقضي له بالجميع ، وإن نكل الأوّل ورغب الثاني في اليمِينِ فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادّعاه صاحبه ، ويمين الإثبات للنصف الذي ادّعاه هو ، فهل تكفيه الآن يمين واحدة يجمع فيها النفي والإثبات أم لا بدّ من يمين للنفي وأخرى للإثبات ؟ وجهان أصحهما الأوّل فيحلف أن الجميع له ولا حقّ لصاحبه فيه ، أو يقول لا حقّ له في النصف الذي يدّعيه والنصف الآخر لي (ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم يرجح) بذلك ؛ لأنها لا تدل على الملك ؛ لأنها تشبه الأمتعة فيما لو تنازع آثنان داراً بيدهما ولأحدهما فيها أمتعة ، فإذا تحالفا بقيت الجذوع بحالها لاحتمال ، أنها وضعت بحقّ من إعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى الإجبار على الوضع ، والذي ينزل عليه منها الإعارة ؛ لأنها أضعف الأسباب ، فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة (والسقف بين علوّه) أي الشخص (وسفل غيره كجدار بين ملكين فينظر أيمكن إحداثه بعد) بناء (العلوّ) بأن يكون السقف عالياً فيثقب وسط الجدار ويوضع رأس الجذوع في الثقب ويسقف فيصير البيت الواحد بيتين (فيكون في يدهما) لاشتراكهما في الانتفاع به ، فإنه ساتر لصاحب السفل وأرض لصاحب العلوّ (أو لا) يمكن إحداثه بعد بناء العلوّ كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلوّ (فلصاحب السفل) يكون لاتصاله ببنائه ؟ .

خاتمة : لو كان السفل لأحدهما والعلوّ لآخر وتنازعا في الدهليز أو العرصة ، فمن الباب إلى المرقى مشترك بينهما ؛ لأن لكل منهما يداً وتصرّفاً بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما ، والباقي للأسفل لاختصاصه به يداً وتصرّفاً ، وإن تنازعا في المرقى الداخل وهو منقول ، فإن كان في بيت لصاحب السفل فهو في يده ، أو في غرفة لصاحب العلوّ فهو في يده ، أو منصوباً في موضع الرقي فلصاحب السفل كما قاله ابن خيران . وقال في الروضة : إنه الوجه وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه كالسلم المسمر فلصاحب العلوّ ، لأنه المنتفع به ، وكذا إن كان مبنياً ولم يكن تحته شيء ، فإن كان تحته بيت فهو بينهما كسائر السقوف

بَابُ ٱلحَوَالَةِ

أو موضع جرة أو نحوها ، فلصاحب العلوّ عملاً بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل ولو تنازعا في حيطان السفل التي عليها الغرفة فالمصدّق صاحب السفل فإنها في يده أو في حيطان الغرفة ، فالمصدّق صاحب العلوّ لأنها في يده .

بَابُ ٱلحَوَالَةِ

هي بفتح الحاء أفصح من كسرها ، ومعناها في اللغة الانتقال ، من قولهم : حال عن العهد : إذا انتقل عنه وتغير . وفي الشرع : عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[١] ، ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى ، والأوّل هو غالب استعمال الفقهاء . والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مليء فَلْيَتبِعْ»[٢] بإسكان التاء في الموضعين : أي فليحتل كما رواه هكذا البيهقي ، ويسنّ قبولها على مَلِيءٍ لهذا الحديث ، وصرفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات ، وخبر «لَا يَحِلُّ مَالُ ٱمْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» ويعتبر في الاستحباب كما بحثه الأذرعي أن يكون المليء وافياً ولا شبهة في ماله ، والمليء بالهمزة : الغنيّ ، والمطل إطالة المدافعة ، والأصح أنها بيع دين بدين جوّز للحاجة ، ولهذا لم يعتبر التقابض في المجلس وإن كان الدينان ربويين ، فهو بيع لأنها إبدال مال بمال ؛ لأن كل واحد ملك بها ما لم يملك فكأن

---

(١) الحوالة لغة : هي من قولك : تحول فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا ، فكذلك الحق تحول مال من ذمة إلى ذمة ، وقال صاحب «المستوعب» الحوالة : مشتقة من التحول ، لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ويقال : حال على الرجل ، وأحال عليه بمعنى ، نقلهما ابن القطاع .

انظر : لسان العرب : [حول] .

واصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

عرّفها المالكية بأنها : نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى .

عرّفها الحنابلة بأنها : نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليهٔ .

انظر : الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٥١ ، حاشية الباجوري ٢/١٦٧ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٢٥ ، الكافي ٢/٢١٨ .

(٢) أخرجه البخاري ٤/٤٦٤ في الحوالة «٢٢٨٧» .

وأخرجه مسلم ٣/١١٩٧ في المساقاة «٣٣/١٥٦٤» .

وأخرجه أبو داود ٣/٢٤٧ في البيوع «٣٣٤٥» .

وأخرجه النسائي ٧/٣١٧ في البيوع .

يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ ، لاَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ ، وَلاَ تَصِحُّ عَلَى مَنْ لاَ دَيْنَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ تَصِحُّ بِرِضَاهُ ، وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللاَّزِمِ ، عَلَيْهِ ،

المحيل باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته ، وقيل استيفاء وهو المنصوص في الأمّ فكأن المحتال استوفى ما على المحيل ، وأقرضه المحال عليه . قال ابن الحدّاد : والتفريع على قول البيع لم أره مستمراً . وأركانها ستة : محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، وصيغة ، وكلها تؤخذ من كلامه الآتي ، وإن سمي بعضها شرطاً كما قال (**يشترط لها**) لتصح (**رضا المحيل والمحتال**) ؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء ، فلا يلزم بجهة ، وحقّ المحتال في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت والأمر الوارد للاستحباب كما مرّ ، وقيل : للإباحة ، وطريق الوقوف على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مرّ في البيع . وعبر كغيره هنا بالرضا تنبيهاً على أنه لا يجب على المحتال الرضا بالحوالة وتوطئة لقوله (**لا المحال عليه في الأصح**) فلا يشترط رضاه ؛ لأنه محلّ الحقّ والتصرّف كالعبد المبيع ؛ ولأن الحقّ للمحيل فله أن يستوفيه بغيره ، كما لو وكل غيره بالاستيفاء .
والثاني : يشترط رضاه بناء على أن الحوالة استيفاء ولا يتعين لفظ الحوالة ، بل هو أو ما يؤدّي معناه كنقلت حقك إلى فلان ، أو جعلت ما أستحقه على فلان لك ، أو ملكتك الدين الذي عليه بحقك ، وقوله : أحلني كبعني في البيع ، فتصح الحوالة به ، ولا تنعقد بلفظ البيع مراعاة للفظ ، وقيل : تنعقد مراعاة للمعنى كالبيع بلفظ السلم ، ولو قال : أحلتك على فلان بكذا ولم يقل بالدين الذي لك عليّ ، قال البلقيني : فهو كناية كما يؤخذ مما يأتي أنه لو قال : أردت بقولي أحلتك الوكالة صدق بيمينه ، والأوجه كما قال شيخي : إنه صريح ، لكن يقبل الصرف كغيره من الصرائح التي تقبله (**ولا تصح على مَن لا دين عليه**) بناء على الأصح من أنها بيع ، إذ ليس للمحيل على المحال عليه شيء بجعله عوضاً عن حق المحتال (**وقيل : تصح برضاه**) بناء على أنها استيفاء الخ ، فقبوله ضمان لا يبرأ به المحيل ، وقيل : يبرأ ، وعلى الأول لو تطوّع بقضاء دين المحيل كان قاضياً دين غيره وهو جائز (**وتصح بالدين اللازم**) وهو ما لا خيار فيه ، ولا بدّ أن يجوز الاعتياض عنه كالثمن بعد زمن الخيار ، وإن لم يستقرّ كالصداق قبل الدخول والموت والأجرة قبل مضيّ المدّة والثمن قبل قبض المبيع بأن يحيل به المشتري البائع على ثالث (**وعليه**) كذلك بأن يحيل البائع غيره على المشتري سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أم اختلفا كأن كان أحدهما ثمناً

وَالْمِثْلِيِّ وَكَذَا الْمُتَقَوَّمِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُـدَّةِ الْخِيَارِ ، وَعَلَيْـهِ فِي الأَصَحِّ ، وَالأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ ،

والآخر قرضاً أو أجرة فلا تصح بالعين لما مرّ أنها بيع دين بدين ، ولا بما لا يجوز الاعتياض عنه كدين السلم فلا تصح الحوالة بـه ولا عليه وإن كـان لازماً ، ولا تصـح الحوالـة للساعي ولا للمستحق بـالزكـاة ممن هي عليه ولا عكسـه ، وإن تلف النصـاب بعـد التمكن لامتنـاع الاعتياض عنها ؛ وتصح على الميت ، لأنه لا يشترط رضا المحال عليه ، وإنما صحت عليه مع خراب ذمته ؛ لأن ذلك إنما هو بالنسبة للمستقبل : أي لا تقبل ذمته شيئاً بعد موته ، وإلا فذمته مرهونة بدينه حتى يقضى عنه ، ولا تصح على التركة لعدم الشخص المحـال عليه (و) تصـح بالـدين (المثلي) كالنقـود والحبوب (وكـذا المتقوّم) بكسـر الواو كـالعبد والثـوب (في الأصحّ) لثبوته في الذمة بعقد السلم ولزومه ، والثاني : لا ، إذ المقصود من الحوالة إيصـال الحقّ من غيـر تفاوت ولا يتحقق فيمـا لا مثل لـه ، وقضيتـه أن المثـل لا خـلاف فيـه وليس مراداً ، بل قيل : إنها لا تصحّ إلا بالأثمان خاصة كما قاله في الكفاية (و) تصـحّ (بالثمن في مدة الخيار) بـأن يحيل المشتـري البائـع على إنسان (وعليـه) بأن يحيـل البائـع إنسانـاً على المشتـري (في الأصح) ؛ لأنـه آيل إلى اللزوم بنفسـه ، والجواز عـارض فيه ، والثـاني : لا يصحان لعدم اللزوم الآن ، وعلى الأوّل يبـطل الخيار بـالحوالـة بالثمن لتـراضي عاقـديها ؛ ولأن مقتضاها اللزوم فلو بقي الخيار فات مقتضاها ، وفي الحوالة عليه يبطل في حقّ البـائع لرضاه بهـا لا في حق مشتر لم يـرض ، فإن رضي بهـا بطل في حقـه أيضاً في أحـد وجهين رجحه ابن المقري وهو المعتمد . ثم قال : فإن فسخ المشتري المبيع بطلت اهـ . فإن قيل هذا مخالف لعموم ما قالوه من أن الحوالة على الثمن لا تبـطل بالفسـخ . أجيب بأن الفسـخ بـالخيار مستثنى ولا بعـد كما قـال شيخي في ذلك ، وإن استبعـده بعض المتـأخـرين ، لأن العقد مزلزل . فإن قيل صحة الحوالة زمن الخيار مشكل إذا كان الخيار للبائع أو لهما ، لأن الثمن لم ينتقل عن ملك المشتري . أجيب بـأن البائـع إذا أحال فقـد أجاز فـوقعت الحوالـة مقارنة للملك وذلك كاف . فإن قيل هذا مشكل بآمتناع بيـع البائـع الثمن في زمن الخيار إذا كان له أجيب بأنهم لما توسعوا في بيع الدين بالدين توسعوا في بيعه فيما ذكـر بخلاف ذلـك (والأصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم) لـوجود اللزوم من جهـة السيد والمحـال عليه فيتم الغرض منها ، ولصحة الاعتياض عنها في قول نص عليه في الأمّ ، وفرّق البلقيني بينها وبين دين السلم بأن السيد إذا احتال بمال الكتابة لا يتطرق إليه أن يصيـر الدين لغيـره ؛ لأنه

دُونَ حَوَالَـةِ السَّيِّدِ عَلَيْـهِ ، وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَـا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْراً وَصِفَةً ، وَفِي قَوْلٍ تَصِحُّ بِإِبِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا، وَيُشْتَـرَطُ تَسَاوِيهِمَـا جِنْساً وَقَدْراً ، وَكَذَا حُلولاً وأَجَلاً،وصِحَّةً وَكَسْراً في الأَصَحِّ ،

إن قبضه قبل التعجيز فواضح ، وإلا فمال المكاتب قد صار بالتعجيز للسيد بخلاف دين السلم قد ينقطع المسلم فيه ، فيؤدي إلى أن لا يصل المحتال إلى حقه (**دون حوالة السيد**) غيره (**عليه**) أي المكاتب بمال الكتابة فلا يصح ، لأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب فلا يتمكن المحتال من مطالبته وإلزامه والثاني يصحان . أما الحوالة من المكاتب فلما مرّ . وأما عليه فبناء على أنها استيفاء ، والثالث : لا يصحان . أما عليه فلما مرّ . وأما منه فبناء على أنها بيع والاعتياض عن نجوم الكتابة غير صحيح ، وآحترز المصنف بالنجوم عما إذا كان للسيد عليه دين معاملة وأحال عليه فإنه يصح كما في زوائد الروضة ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز ، لأن دين المعاملة لازم في الجملة وسقوطه إنما هو بطريق التبعية بخلاف نجوم الكتابة ، ولا تصح بجعل الجعالة ولا عليه قبل تمام العمل ولو بعد الشروع فيه لعدم ثبوت دينها حينئذ بخلافه بعد التمام (**ويشترط العلم**) أي علم كل من المحيل والمحتال (**بما يحال به وعليه قدراً**) كمائة (**وصفة**) معتبرة في السلم كما قاله في الكفاية ، لأن المجهول لا يصحّ بيعه إن قلنا : إنها بيع ، ولا استيفاؤه إن قلنا : إنها استيفاء ، وسكت عن الجنس ، لأنه يستغني عنه بالصفة لتناولها له لغة (**وفي قول تصح بإبل الدية وعليها**) والأظهر المنع للجهل بصفتها ، وصوّر المصنف في نكت التنبيه المسألة بقوله كأن يجني رجل على رجل موضحة ثم يجني المجني عليه على آخر موضحة فيجب عليه خمس من الإبل فيحيل المجني عليه أوّلاً وهو الجاني ثانياً المجني عليه ثانياً على الجاني أوّلاً بالخمس من الإبل (**ويشترط تساويهما**) أي المحال به وعليه (**جنساً**) فلا تصحّ بالدراهم على الدنانير وعكسه (**وقدراً**) فلا تصحّ بخمسة على عشرة وعكسه ؛ لأن الحوالة معاوضة ارتفاق جوّزت للحاجة فآعتبر فيها الاتفاق فيما ذكر كالقرض (**وكذا حلولاً وأجلاً**) وقدر الأجل (**وصحة وكسراً**) وجودة ورداءة (**في الأصح**) وفي الروضة الصحيح إلحاقاً لتفاوت الوصف بتفاوت القدر والثاني : إن كان النفع فيه للمحتال جاز ، وإلا فلا ، فيحل بالمؤجل والمكسر على الحال والصحيح ، وبأبعد الأجلين على الأقرب بخلاف العكس في الجميع وكأنه تبرّع بالزيادة ، وآنقلب على المصنف في الروضة بعض هذه الأمثلة فقال بالصحيح على المكسر وبالجيد على الرديء

وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَال ، والْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَال عَلَيْهِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ

ونسب للسهو ، ولو أحال بمؤجل على مؤجل حلت الحوالة بموت المحال عليه ، ولا تحل بموت المحيل لبراءته بالحوالة .

تنبيه : أفهم كلام المصنف أنه لا يعتبر اتفاقهما في الرهن ولا في الضمان وهو كذلك بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن انفك الرهن وبرىء الضامن ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع ، والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن أو الزوج بالصداق ، ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك بأن الوارث خليفة مورثه فيما يثبت له من الحقوق ، ولو شرط العاقد في الحوالة رهناً أو ضميناً فهل يجوز أو لا ؟ رجح ابن المقري الأوّل وصاحب الأنوار الثاني ، وحمل شيخي الأوّل على ما إذا شرط ذلك على المحال عليه . والثاني على ما إذا شرط ذلك على المحيل وهو بعيد إذ المحال عليه لا مدخل له في العقد ، فالمعتمد كلام صاحب الأنوار ، ولا يثبت في عقدها خيار شرط ، لأنه لم يبن على المعاينة ولا خيار مجلس في الأصح وإن قلنا : إنها معاوضة ، لأنها على خلاف القياس . وقيل يثبت بناء على أنها استيفاء ، وقد تقدّم الكلام على ذلك في باب الخيار **(ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ويتحوّل حق المحتال إلى ذمة المحال عليه)** أي يصير في ذمته ، ومعنى صيرورته في ذمّته أن الأوّل باق بعينه . ولكن تغير محله إن قلنا : الحوالة استيفاء ، وهذا ظاهر المتن أو بمعنى أنه لزم الذمة ويكون الذي انتقل إليه المحتال غير الذي كان له إن قلنا : إنها بيع ، وقد مرّ أنه الأصح وما ذكر هو فائدة الحوالة **(فإن تعذر)** أخذه من المحال عليه **(بفلس)** طرأ بعد الحوالة **(أو جحد)** منه للدين أو للحوالة **(وحلف)** وقوله : **(ونحوهما)** من زيادته على كتب الرافعي وعلى الروضة ، وأشار به إلى التعذر بامتناعه لشوكته أو بموته موسراً بعد موت البينة **(لم يرجع)** أي المحتال **(على المحيل)** كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده ، فلو شرط عليه الرجوع بشيء من ذلك لم تصح الحوالة في أحد أوجه رجحه الأذرعي وغيره ، وهو ظاهر لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها .

تنبيه : لو عبر بالإنكار لكان أعمّ ، لأن الجحود لغة الإنكار مع العلم وهل يدخل في

فَلَوْ كانَ مُفْلِساً عِنْدَ الحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ المُحْتَالُ فَلاَ رُجُوعَ لَهُ ، وَقيلَ لَـهُ الرُّجُـوعُ إنْ شُرِطَ يَسَـارُهُ ، وَلَوْ أَحَـالَ المُشْتَرِي بِـالثَّمَنِ فَرَدَّ المَبِيـعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ في الأَظْهَـرِ ، أَوِ الْبَائِـعُ بِـالثَّمَنِ فَوُجِـدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْـطُلْ عَلَى

عبارته الإقالة حتى لو صدر بين المحيل والمحتال تقايل في الحوالة لم يـرجع على المحيـل ينبني على صحة الإقالة في الحوالة والنقل فيها عزيز ، وقد نقـل البلقيني أنه كشف عن ذلـك مصنفات كثيرة فلم يجد التصريح بها ، وأن الـذي ظهر لـه الجواز ، لأن الصحيـح أنها بيـع المعتمد عدم صحة الإقالة فيها ، فقد جزم الرافعي بأنه لا تجوز الإقالة في الحوالة ذكر ذلك في أوائل التفليس في أثناء تعليـل في الكلام على مـوت المشتري مفلسـاً قبل وفـاء الثمن . وقال المتولي : الحوالة من العقود اللازمـة ، ولو فسخت لا تنفسـخ (**فلو كان**) المحـال عليه (**مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجـوع له**) ؛ لأنـه مقصر بتـرك البحث ، فأشبـه مَن اشترى شيئاً هو مغبون فيه (**وقيل له الرجوع إن شرط يساره**) لا خلاف الشرط ، فأشبه ما لـو شرط كون العبد كاتباً فأخلف ، وردّ بـأن فوات الكتـابة ليس نقصـاً ، لأنه لـو لم يشرطـه فلا خيار له لعدمه ، بل هو فوات فضيلة والإعسار نقص كالعيب ، فلو ثبت الرجوع عند الشـرط لثبت عند عدمه ، ولو بـان المحال عليـه عبداً لغيـر المحيل لم يـرجع المحتـال أيضاً ، بـل يطالبه بعد عتقه ، أو عبداً له لم تصح الحوالة وإن كان كسوباً ومـأذوناً لـه ، وكان لسيـده في ذمته دين قبل ملكه لسقوطه عنه بملكـه . قال ابن الـرفعة : ولـو قبل المحتـال الحوالـة بغير اعتراف بالدين كان قبولها متضمناً لاستجماع شرائط الصحة ، فيؤاخذ بذلك لو أنكـر المحال عليـه وله تحليف المحيـل أنه لا يعلم بـراءته في أحـد وجهين يـظهـر تـرجيحـه (**ولـو أحـال المشتري**) البائـع (**بالثمن فـرد المبيع بعيب**) أو نحـوه كتحالف أو إقـالة (**بـطلت في الأظهر**) لارتفاع الثمن بانفساخ البيع والثاني : لا تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ، فإنـه لا يبطل بـرد المبيع ويـرجع بمثـل الثمن ، وسواء في الخـلاف أكان الفسـخ بعد قبض المبيـع ومـال الحوالة أم قبله ، وعلى الأوّل يعود الثمن ملكاً للمشتري ويردّه البـائع إليـه إن كان قـد قبضه وهـو باق أو بـدله إن تلف ولا يـردّه إلى المحال عليـه ، فإن ردّه إليـه لم تسقط عنه مـطالبـة المشتري ؛ لأن الحقّ له وقد قبضه البائع بإذنه ، فإذا لم يقع عن البائع يقع عنه ويتعين حقـه فيما قبضه البائع حتى لا يجوز إبداله إن بقيت عينه ، وإبـراء البائـع المحال عليـه عن الدين قبل الفسخ كقبضه له فيمـا ذكر ، فللمشتـري مطالبتـه بمثل المحـال به (**أو**) أحـال (**البائـع**) شخصاً (**بالثمن**) على المشتري (**فوجـد الردّ**) للمبيـع بعيب أو نحوه كمـا مرّ (**لم تبـطل على**

المـذْهَبِ، وَلَـوْ بَـاعَ عَبْـداً وَأَحَـالَ بِثَمَنِـهِ ثُمَّ اتَّفَقَ المتَبَايِعَانِ وَالمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتِ الحَوَالَةُ ،

المذهب) سواء أقبض المحتال المال أم لا ، والطريق الثاني طرد القولين في المسألة قبلها ، وفرق الأوّل بتعلق الحق هناك بثالث وهو الذي انتقل إليه الثمن فلم يبطل حقه بفسخ المتعاقدين كما لو تصرف البائع في الثمن ثم ردّ المشتري ما اشتراه بعيب فإن تصرفه لا يبطل ، ويؤخذ من هذا الفرق أن البائع في المسألة الأولى لو أحال على مَن أحيل عليه لم تبطل لتعلق الحق بثالث وهو الظاهر ، وعلى المذهب لا يرجع المشتري على البائع بالثمن إلا بعد تسليمه وإن كانت الحوالة كالقبض لأن الغرم إنما يكون بعد القبض حقيقة لا حكماً ، لكن له مطالبته بطلب القبض منه ليرجع على البائع .

فرع : لو أحالها زوجها بصداقها ثم طلّقها قبل الدخول أو انفسخ النكاح قبله بردّتها أو بعيب أو بخلف شرط لم تبطل الحوالة ، ويرجع الزوج عليها بكلّ الصداق إن انفسخ النكاح وبنصفه إن طلق . فإن قيل : الحقّ هنا لم يتعلق بثالث ، فكان ينبغي البطلان كالمسألة الأولى . أجيب بأن الصداق أثبت من غيره ، ولهذا لو زاد زيادة متصلة لم يرجع فيها إلا برضاها بخلاف البيع ونحوه **(ولو باع عبداً وأحال بثمنه)** على المشتري **(ثم آتفق المتبايعان والمحتال على حريته أو ثبتت ببينة)** يقيمها العبد أو شهدت حسبة **(بطلت الحوالة)** ، لأنه بان أن لا ثمن حتى يحال به ، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقه كما كان ، وهكذا كل ما يمنع صحة البيع ككونه مستحقاً ومحل إقامة العبد البينة إذا تصادق المتبايعان بعد بيعه لآخر كما صوّرها القاضي أبو الطيب إذ لا يتصوّر إقامته لها قبل بيعه ، لأنه محكوم بحريته بتصادقهما ، فإن لم يصدّق المحتال فلا تسمع دعواه ولا بينته نبه عليه ابن الرفعة وغيره ، ومثله شهادة الحسبة ؛ لأنها إنما تقام عند الحاجة ولا حاجة قبل البيع ولا يتصوّر أن يقيم البينة بالحرية المتبايعان ، لأنهما كذباها بالبيع كذا قالاه هنا ، وذكر في آخر كتاب الدعوى أنه لو باع شيئاً ثم ادّعى أنه كان وقفاً عليه أو أنه باعه وهو لا يملكه ثم ملكه إن قال حين باع : هو ملكي لم تسمع دعواه ولا بينته وإن لم يقل ذلك سمعت كما نص عليه في الأمّ . قال العراقيون : وغلط الروياني من قال بخلافه اهـ ويمكن حمل ما هنا على ما هناك ، ومحل الخلاف كما بحثه الزركشي وغيره إذا لم يذكر البائع تأويلاً ، فإن ذكره كأن قال : كنت أعتقته ونسيت أو آشتبه عليّ سمعت قطعاً كنظيره فيما لو قال : لا شيء لي على زيد ثم آدعى عليه ديناً .

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَكَّلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ الْمُسْتَحِقُّ أَحَلْتَنِي، أَوْ قَالَ أَرَدْتُ بِقَوْلِي أَحَلْتُكَ الْوَكَالَةَ، وَقَالَ الْمُسْتَحِقُّ بَلْ أَرَدْتَ الْحَوَالَةَ صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ ،

تنبيه : المراد بالبطلان هنا عدم الصحة ؛ لأن الحوالة لم يتقدم لها صحة بخلاف البطلان في الردّ بالعيب ونحوه ، فإنه بطريق الانفساخ **(وإن كذبهما المحتال)** في الحرية **(ولا بينة حلفاه على نفي العلم)** بها ، لأن هذه قاعدة الحلف على النفي الذي لا يتعلق به ، فيقول والله لا أعلم حرّيته ، وعبارته قد توهم توقف الحلف على آجتماعهما ، والموافق للقواعد ، أنه يحلف لمَن استحلفه منهما . أما البائع فلغرض بقاء ملكه في الثمن . وأما المُشتري فلغرض رفع المطالبة . لكنه إذا حلفه أحدهما لم يحلفه الثاني : كما قال شيخي : إنه الأوجه ، لأن خصومتهما واحدة ، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين **(ثم)** بعد حلفه **(يأخذ المال من المشتري)** لبقاء الحوالة ثم يرجع به المشتري على البائع في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما رجحه الرافعي في الشرح الصغير ، وجرى عليه ابن المقري ، لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة ، ورجح البغوي الوجه الآخر ، لأنه يقول ظلمني المحتال بما أخذه ، والمظلوم لا يرجع إلا على ظالمه ، فإن نكل المحتال عن اليمين حلف المشتري على الحرية ، وتبين بطلان الحوالة بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار . أما إذا جعلناها كالبينة فلا إذ لا فائدة في التحليف كما قاله ابن الرفعة **(ولو قال المستحق عليه)** للمستحق : **(وكلتك لتقبض لي)** ديني من فلان **(وقال المستحق : أحلتني)** به **(أو قال)** الأوّل (: **أردت بقولي : أحلتك)** به **(الوكالة وقال المستحقّ : بل أردت)** بذلك **(الحوالة صدق المستحق عليه بيمينه)** ؛ لأنه أعرف بإرادته ، والأصل بقاء الحقين . قال البلقيني : ومن هذا يؤخذ أن أحلتك فيما يذكر كناية وقد قدمت ما فيه ، وعلى كلامه لو لم يكن له إرادة فلا حوالة ولا وكالة **(وفي الصورة الثانية وجه)** بتصديق المستحق بيمينه ؛ لأن الظاهر معه ، ومحل الخلاف إذا قال : أحلتك بمائة على زيد ونحو ذلك . أما إذا قال : أحلتك بالمائة التي لك عليّ بالمائة التي لي على زيد ، فالقول قول المستحقّ قطعاً ؛ لأن ذلك لا يحتمل غير الحوالة .

تنبيه : أشار المصنف بقوله : المستحق والمستحق عليه إلى أن صورة المسألة أن

وَإِنْ قَالَ أَحَلْتُكَ فَقَالَ وَكَّلْتَنِي صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ .

يتفقا على الدين ، فلو أنكر مدّعي الوكالة الدين في الحالة الأولى صدق بيمينه قطعاً ، وكذا في الثانية عند الجمهور ، وإذا حلف المستحق عليه في الصورتين الأوليين اندفعت الحوالة وبإنكار الآخر الوكالة انعزل فليس له قبض ، فإن كان قد قبض المال قبل الحلف برىء الدافع له ؛ لأنه محتال أو وكيل ووجب تسليمه للحالف إن كان باقياً وبدله إن كان تالفاً وحقه عليه باق ، فإن خشي امتناع الحالف من تسليم حقه له كان له في الباطن أخذ المال وجحد الحالف ؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مال الحالف وهو ظالمه ولو تلف المقبوض مع القابض بلا تفريط منه لم يطالبه الحالف لزعمه الوكالة والوكيل أمين ، ولم يطالب هو الحالف لزعمه الاستيفاء أو تلف معه بتفريط طالبه ؛ لأنه صار ضامناً ، وبطل حقه لزعمه استيفاءه (**وإن قال**) المستحق عليه : (**أحلتك فقال**) المستحق : (**وكلتني**) أو قال : أردت بقولك : أحلتك الوكالة (**صدق الثاني بيمينه**) في الأولى جزماً ؛ لأن الأصل بقاء حقه وفي الثانية في الأصح ، ويظهر أثر فائدة هذا الخلاف عند إفلاس المحال عليه ، وإذا حلف المستحق في الصورتين آندفعت الحوالة ويأخذ حقه من الآخر ، ويرجع به الآخر على المحال عليه في أحد وجهين رجحه ابن المقري تبعاً لاختيار ابن كج ، فإن كان قد قبضه فله تملكه بحقه ، لأنه من جنس حقه ، وإن تلف بلا تفريط لم يضمن لأنه وكيل وهو أمين أو بتفريط ضمن وتقاصا .

خاتمة : للمحتال أن يحيل غيره وأن يحتال من المحال عليه على مدينه ، ولو أجر جندي اقطاعه وأحال ببعض الأجرة على المستأجر ثم مات تبين بطلان الإجارة فيما بعد موته من المدّة وبطلان الحوالة فيما يقابله ، وتصح الإجارة في المدّة التي قبل موت المؤجر فتصح الحوالة بقدرها ، ولا يرجع المحال عليه بما قبضه المحتال منه من ذلك ويبرأ المحيل منه ، ولو أقرض شخص اثنين مائة مثلاً على كل واحد منهما خمسون ، وتضامنا فأحال بها شخصاً على أن يأخذ من أيهما جاز في أصح الوجهين ، وقيل : لا يجوز ؛ لأنه لم يكن له إلا مطالبة واحد فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة ، ووجه الأوّل أنه لا زيادة في القدر ولا في الصفة . قال الإسنوي : ولو أحال على أحدهما بخمسين فهل تنصرف إلى الأصلية أو توزع أو يرجع إلى إرادة المحيل ، فإن لم يرد شيئاً صرفه بنيته فيه نظر ، وفائدته فكاك الرهن الذي يأخذه : أي بخمسين اهـ والقياس كما قال شيخنا : الرجوع إلى إرادته ، ولو أقام بينة أن غريمه الدائن أحال عليه فلاناً الغائب سمعت وسقطت مطالبته له ، فإن لم يقم بينة صدق

بَابُ ٱلضَّمَانِ

غريمه بيمينه ، ولا يقضي بالبينة للغائب بأن تثبت بها الحوالة في حقه حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إن قدم في أحد وجهين رجحه ابن سريج إذ لا يقضى بالبينة للغائب ، والوجه الثاني : يقضى بها وهو آحتمال لابن الصباغ ، لأنه إذ قدم يدعي على المحال عليه ، لا المحيل وهو مقرّ له فلا حاجة إلى إقامة البينة .

بَابُ ٱلضَّمَانِ

هو لغة الالتزام ، وشرعاً : يقال حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة[(١)] ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً . قال الماوردي : غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع . والأصل فيه قبل الإجماع أخبار كخبر «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[(٢)] رواه الترمذي وحسنه وابن حبان وصححه ، وخبر الصحيحين «أَنَّهُ ﷺ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ ، فَقَالَ هَلْ تَرَكَ شَيْئاً ؟ قَالُوا : لَا ، قَالَ : هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قَالُوا : ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ ، فَقَالَ : صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ[(٣)] . قال أبو قتادة : صَلِّ عَلَيهِ يَا رَسُولَ اللّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّى عَلَيهِ» وذكرت في

---

(١) الضمان لغة : مصدر ضَمِنَ الشيء ضماناً ، فهو ضامن وضَمِين : إذا كَفَلَ به . وقال ابن سيده : ضمن الشيء ضَمَناً وضمَاناً ، وضَمَّنَه إياه ، كَفَّله إياه ، وهو : مشتق من التَّضمن ، لأن ذمة الضامن تَتَضَمَّنُ ، قاله القاضي أبو يعلى ، وقال ابن عقيل : الضمان مأخوذ من الضِّمن ، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه ، وقيل : هو مشتق من الضم ، لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه ، والصواب : الأول ، لأن «لام» الكلمة في الضم «ميم» وفي الضمان «نون» وشرط صحة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة في الفرع .

انظر : تحرير التنبيه ٢٢٧ ، والمطلع ، ولسان العرب ٤/٢٦١٠ .

اصطلاحاً :

عرّفه الأحناف بأنه : الكفالة وهي : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة .

عرّفه المالكية بأنه : شغل ذمة أخرى بالحق .

عرّفه الحنابلة بأنه : التزام مَن يصح تبرعه .

انظر : شرح فتح القدير ١٦٣/٧ ، حاشية ابن عابدين ٢٨١/٥ ، المحلى على المنهاج ٣٢٣/٢ ، مواهب الجليل ٩٦/٥ ، الإقناع ١٧٥/٢ .

(٢) أخرجه أحمد ٢٦٧/٥ ، وأبو داود ٨٢٤/٣ (٣٥٦٥) والترمذي ٥٦٥/٣ وابن ماجه ٨٠١/٢ (٢٣٩٨) .

(٣) أخرجه البخاري ٤٧٧/٤ في الكفالة «٢٢٩٨» .

شَرْطُ الضَّامِنِ : الرُّشْدُ ، وضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْـهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِـهِ ، وضَمَانُ عَبْـدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ في الأَصَحِّ ،

شرح التنبيه ما له بهذا الخبر ، وإنما لم أستدلّ بقوله تعالى ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف : ٧٢] ؛ لأنه شرع من قبلنا ، وهو ليس بشرع لنا على الصحيح وإن ورد في شرعنا ما يقرّره خلافاً لبعض المتأخرين . وأركان ضمان المال خمسة : ضامن ، ومضمون له ، ومضمون عنه ، ومضمون به ، وصيغة ، وكلها تؤخذ من كلامه كما ستراه ، وبدأ بشرط الضامن ، فقال : **(شرط الضامن)** ليصح ضمانه **(الرّشد)** وهو كما تقدّم في باب الحجر صلاح الدين والمال ؛ لأن الضمان تصرّف ماليّ ، فلا يصح من مجنون وصبيّ ومحجور عليه بسفه لعدم رشدهم .

تنبيه : يرد على طرد هذه العبارة المكره والمكاتب إذا ضمن بغير إذن سيده والأخرس الذي لا تفهم إشارته ولا يحسن الكتابة والنائم فإنهم رشداء ، ولا يصح ضمانهم ، وعلى عكسها السكران المتعدّي بسكره ومَن سفه بعد رشده ولم يحجر عليه والفاسق فإنهم يصح ضمانهم وليسوا برشداء ، فلو عبر بأهلية التبرّع والاختيار لسلم من ذلك . فإن قيل يرد عليه الصبيّ أيضاً فإنه وصف الصبيان في كتاب الصيام بالرّشد ؟ . أجيب بأن المراد بالرشد هنا صلاح الدين والمال كما مرّ والصبيّ ليس كذلك ، وإطلاق الرّشد عليه هناك مجاز . ولو ضمن شخص ثم قال : كنت وقت الضمان صبياً وكان في سنّ محتمل قبل قوله بيمينه ، وكذا لو قال كنت مجنوناً وعرف له جنون سابق صدق ، وهذا بخلاف ما لو زوّج أمته ثم ادّعى ذلك فإن الأصح تصديق الزّوج كما دلّ عليه كلام الرافعي قبيل الصداق ، لأن الأنكحة يحتاط فيها غالباً ، والظاهر أنها تقع بشروطها وإن نظر في ذلك الأذرعي بأن أكثر الناس يجهل الشروط ، والغالب على العقود التي ينفرد بها العامة الاختلال **(وضمان محجور عليه بفلس)** في ذمته **(كشرائه)** بثمن فيها ، والأصح صحته كما سبق ، ويطالب بما ضمنه إذا انفكّ عنه الحجر وأيسر **(وضمان عبد بغير إذن سيده)** مأذوناً كان أو غيره **(باطل في الأصح)** ؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح كالنكاح . نعم إن ضمن سيده صح ،

= وأخرجه مسلم ١٢٣٧/٣ في الفرائض «١٦١٩/١٤» .
وأخرجه النسائي ١٦٦/٤ في الجنائز .
وأخرجه ابن ماجه ٨٠٧/٢ في الصدقات «٢٤١٥» .

وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ، وإِلاَّ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُوناً لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الإِذْنِ ، وَإِلاَّ فَبِما يَكْسِبُهُ ،

لأن ما يؤدّي منه ملكه . فإن قيل : قد صرّحوا بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها مع أنه إثبات مال في الذمة فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن الأمة قد تحتاج إلى الخلع لسوء عشرة الزوج ، ولا ضرورة إلى الضمان . والثاني : يصح ويتبع به إذا عتق وأيسر ، إذ لا ضرر على السيد كما لو أقرّ بإتلاف مال وكذبه السيد **(ويصح بإذنه)** حتى عن السيد ؛ لأن المنع إنما كان لحقه وقد زال بالإذن ، ولا يجب عليه أن يضمن وإن كان الإذن بصيغة الأمر كما يؤخذ من آقتصار المتن على الصحة بخلاف البيع ونحوه من التصرّفات ، لأنه لا سلطنة للسيد على ذمة عبده . قال الإسنوي : وهل يشترط معرفة السيد قدر الدين ؟ فيه نظر ، والمتجه آشتراطه بناء على تعلقه بمال السيد لا بذمة العبد اهـ . أما سيده فلا يصح ضمان رقيقه له ، لأنه يؤدّي من كسبه وهو لسيده فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه . وقضية ذلك صحة ضمان المكاتب لسيده وهو كذلك ، وإذا أدّى الرّقيق ما ضمنه عن الأجنبيّ بالإذن من سيده بعد العتق فحق الرجوع له أو قبل العتق فحق الرجوع لسيده أو أدّى ما ضمنه عن السيد فلا رجوع له ، وإن أدّاه بعد عتقه كما اقتضاه كلام الروضة وجزم به ابن المقري ، وفارقت هذه ما قبلها بأن منفعة الرّقيق فيها وقعت للسيد ، فكأنه استوفاها حال رقه كمسألة الإجارة بخلافها في تلك فإنها وقعت للأجنبيّ ، فكان الرجوع عليه **(فإن عين)** السيد **(للأداء كسبه أو غيره)** من أموال السيد **(قضى منه)** لتصريحه بذلك . نعم إن قال له : اضمن في مال التجارة وعليه دين وحجر القاضي عليه باستدعاء الغرماء لم يؤدّ مما في يده ؛ لأن تعلق حق الغرماء سابق . أما إذا لم يحجر عليه فيتعلق بالفاضل عن حقوق الغرماء رعاية للجانبين **(وإلا)** بأن اقتصر له على الإذن في الضمان **(فالأصح أنه إن كان مأذوناً له في التجارة تعلق)** غرم الضمان **(بما في يده)** وقت الإذن في الضمان ربحاً ورأس مال **(وما يكسبه بعد الإذن)** له في الضمان كما في المهر . فإن قيل : لمَ اعتبروا في الكسب هنا حدوثه بعد الإذن ، وثم حدوثه بعد النكاح ؟ . أجيب بأن الدين المضمون كان موجوداً حال الإذن في الضمان فتعلق بما بعد الإذن بخلاف المهر وسائر مؤن النكاح **(وإلا)** أي وإن لم يكن مأذوناً له في التجارة **(فبما)** أي فيتعلق غرم الضمان بما **(يكسبه)** بعد إذن فيه ، والوجه الثاني : يتعلق بذمته في القسمين يتبع به بعد العتق . والثالث : في الأوّل يتعلق بما يكسبه بعد الإذن فقط . والرابع : يتعلق بذلك وبالربح الحاصل في يده فقط . والثالث : في الثاني يتعلق

وَالْأَصَحُّ ٱشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ المَضْمُونِ لَهُ ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ ورضَاهُ ،

برقبته وأمّ الولد والمدبر والمعلق عتقه بصفة ، والمبعض إذا لم تجرِ بينه وبين سيده مهايأة أو جرت وضمن في نوبة سيده كالقنّ فيما ذكر . أما إذا جرت مهايأة في المبعض فإنه يصح الضمان إذا ضمن في نوبته ولو بغير إذن سيده ، ويصح ضمان المكاتب بإذن سيده لا بدونه كسائر تبرّعاته . ويؤخذ مما مرّ أنه لو ضمن سيده صح . وأما العبد الموقوف ، فقال في المطلب : ينبغي أن يجزم بعدم صحة ضمانه إذا قلنا بالمشهور : إنه لا يصح عتقه لعدم فائدته . قال : والظاهر أن الموصي برقبته دون منفعته أو بالعكس كالقنّ ، لكن هل المعتبر إذن مالك الرقبة أو المنفعة يشبه أن يكون فيه خلاف يلتفت إلى أن ضمان القنّ يتعلق برقبته أو بذمته أو بكسبه؟. قال الأذرعي : وفيه نظر ؛ لأنه إذا أوصى بمنفعته أبداً فلا سبيل إلى التعلق بكسبه بإذن مالك الرّقبة بمفرده ، فإما أن يعتبر إذنهما جميعاً أو لا يصح اهـ. والأوجه كما قال شيخي : اعتبار إذنهما ؛ لأن الضمان يتعلق بالأكساب النادرة وهي لمالك الرّقبة خلافاً لبعض المتأخرين من أن الأوجه اعتبار إذن الموصى له بالمنفعة بناء على الشقّ الأخير من كلام المطلب ، ويصح ضمان المرأة بغير إذن زوجها كسائر تصرّفاتها . ثم شرع في شرط المضمون له وهو الركن الثاني فقال : **(والأصح اشتراط معرفة المضمون له)** وهو مستحق الدين لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً ، وأفتى ابن الصلاح وغيره بأن معرفة وكيل المضمون له كمعرفته وابن عبد السلام وغيره بخلافه ، وجرى بين ابن الصلاح وابن عبد السلام في ذلك محاورات ، والأوّل أوجه ؛ لأن كثيراً من الناس لا يوكل إلا من هو أشدّ منه في الطلب فيكون الموكل أسهل في ذلك غالباً . وقال الأذرعي : الظاهر المختار الصحة ؛ لأن أحكام العقد تتعلق بالوكيل ، وقد وقع الإجماع الفعلي على المعاملة للأيتام والمحجورين الذين لا يعرفهم المدين بحال والمماراة فيه جمود لا يليق بابن عبد السلام فمن دونه اهـ . والثاني : لا يشترط لظاهر الآية ، وحديث أبي قتادة المتقدّم فإنه ضمن لمَن لا يعرفه ؛ ولأنه ﷺ لم يسأله هل يعرفه أو لا فكان على عمومه .

تنبيه : قوله : معرفة المضمون له : أي معرفة الضامن المضمون له كما أفصح به في التنبيه والحاوي ، فأضاف المصدر إلى المفعول وهو قليل . قال في المطلب : والمراد معرفته بالعين لا الاسم والنسب كما دلّ عليه كلام الماوردي ولا المعاملة كما قاله صاحب المعين (و) الأصح على الأوّل **(أنه لا يشترط قبوله)** للضمان (و) لا **(رضاه)** لعدم التعرض

ولاَ يُشْتَرَطُ رضَا المَضْمُونَ عَنْهُ قَطْعاً ، ولاَ مَعْرِفَتُهُ في الأَصَحِّ ، ويُشْتَرَطُ في المَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابتاً ، وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ ، وَالمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ

لذلك في حديث أبي قتادة السابق . والثاني : يشترط الرضا ثم القبول لفظاً . والثالث : يشترط الرّضا دون القبول لفظاً .

تنبيه : لو زاد لا قبل رضاه كما قدّرتها تبعاً للمحرر لكان أولى ، لأن المقصود نفي كل منهما ومع حذفها لا يستفاد إلا نفي الهيئة الاجتماعية ، وحينئذ فيصدق الكلام بالوجه الثالث . ثم شرع في ذكر المضمون عنه حرًّا كان أو رقيقاً موسراً أو معسراً وهو الركن الثالث ، فقال (**ولا يشترط رضا المضمون عنه**) وهو المدين (**قطعاً**) ؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز فالتزامه أولى ، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً وإن لم يخلف وفاء (**ولا معرفته في الأصح**) قياساً على رضاه ، إذ ليس ثمّ معاملة . والثاني : يشترط ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أو لا ، وردّ بأن اصطناع المعروف لأهله ولغير أهله معروف . ثم شرع في شرط المضمون وهو الركن الرّابع ، فقال (**ويشترط في المضمون**) وهو الدين أو العين المضمونة (**كونه**) حقاً (**ثابتاً**) حال العقد فلا يصح ضمان ما لم يجب ، سواء أجرى سبب وجوبه : كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها أم لا كضمان ما سيقرضه لفلان ؛ لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه كالشهادة ، فيصح بنفقة اليوم للزوجة وما قبله لثبوته لا بنفقة القريب لمستقبل كما مرّ في نفقة الزوجة وفي يومه وجهان : صحح الأذرعي وغيره منهما المنع أيضاً ؛ لأن سبيلها سبيل البرّ والصلة لا سبيل الديون ، ولهذا تسقط بمضيّ الزمان وضيافة الغير ، ويكفي في ثبوت الحق اعتراف الضامن لا ثبوته على المضمون عنه فلو قال شخص : لزيد على عمرو مائة ، وأنا ضامنه فأنكر عمرو فلزيد مطالبة القائل في الأصح ذكره الرافعي في الإقرار بالنسب .

تنبيه : قوله : ثابتاً صفة لموصوف محذوف : أي حقاً ثابتاً كما قدّرته في كلامه ، وهو ما صرّح به الرّافعي في كتبه والمصنف في الرّوضة فيشمل الأعيان المضمونة كما قدّرته في كلامه أيضاً ، وسيأتي التنبيه عليها والدين سواء كان مالاً أم عملاً في الذمة بالإجارة بخلاف الرهن فإنه لما لم يصح على الأعيان صرح فيه بالدين ، فقال هناك : ويشترط كونه ديناً ثابتاً (**وصحح**) في (**القديم ضمان ما سيجب**) كثمن ما سيبيعه أو ما سيقرضه ؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه (**والمذهب صحة ضمان الدَّرَك**) بفتح الراء وسكونها ، وهو التبعة : أي

بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَوْمَعِيباً أَوْ نَاقِصاً لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ ،

المطالبة والمؤاخذة وإن لم يكن له حق ثابت ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به فآحتيج إلى التوثق به ، ويسمى أيضاً ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع ردّه ، والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصكّ المكتوب فيه الثمن ، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن ؛ لأنه مكتوب في العهدة مجازاً ، تسمية للحالّ باسم المحلّ (**بعد قبض الثمن**) ؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في يد البائع ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه ، وخرج ببعد قبض الثمن ما لو ثبت دين على غائب فباع الحاكم عقاره من المدّعي بدينه وضمن له الدرك شخص إن خرج المبيع مستحقاً ؛ فإنه لا يصح الضمان قاله البغوي لعدم القبض ، ونحوه ما في فتاوى ابن الصلاح : لو أجر المديون وقفاً عليه بدينه وضمن ضمان الدرك ثم بان بطلان الإجارة لمخالفتها شرط الواقف لا يلزم الضامن شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله فلم يفت عليه شيء (**وهو**) أي ضمان الدرك (**أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً**) أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع ببيع آخر (**أو معيباً**) وردّه المشتري (**أو ناقصاً**) إما لرداءته أو (**لنقص الصنجة**) التي وزن بها ، وهي بفتح الصاد فارسية وعربت والجمع صنج ، ويقال : سنجة بالسين خلافاً لابن السكيت ، وهذا كالمستثنى من بطلان ما سيجب ، ووجه صحته ما مرّ ، وفي قول هو باطل ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، وردّ بأنه إن خرج المبيع كما ذكر تبين وجوب رد الثمن ، وقطع بعضهم بالأوّل ، وعليه يشترط علم الضامن بقدر الثمن ، فإن جهله لم يصح ، وكيفية ضمان الدرك بالثمن أن يقول للمشتري : ضمنت لك عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه ، فإن قال : ضمنت لك خلاص المبيع لم يصحّ ؛ لأنه لا يستقلّ بتخليصه إذا استحقّ ، فإن شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل البيع لفساد الشرط ، وإن ضمن درك الثمن وخلاص المبيع معاً صح ضمان الدرك دون ضمان خلاص المبيع تفريقاً للصفقة ، ولا يختص ضمان الدرك بالثمن بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو أخذ بشفعة سابقة أو معيباً أو ناقصاً إما لرداءته أو لنقص الصنجة ، ولو ضمن عهدة فساد البيع بغير الاستحقاق أو عهدة العيب أو التلف قبل قبض المبيع صح للحاجة إليه ، ولا يدخل ذلك تحت ضمان العهدة بأن يقول : ضمنت لك عهدة أو درك الثمن أو المبيع من غير ذكر استحقاق أو غيره مما ذكر ؛ لأن المتبادر منه إنما هو الرجوع بسبب

وَكَوْنُهُ لَازِماً ، لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ فِي الأَصَحِّ ،

الاستحقاق ، ولو خصّ ضمان الدرك بنوع كخروج المبيع مستحقاً لم يطالب بجهة أخرى ، ولو خرج بعض المبيع مستحقاً طولب الضامن بقسط المستحق .

تنبيه : قد يفهم كلام المصنف عدم صحة ضمان العهدة للمستأجر ، وفيه وجهان حكاهما الشيخان في باب الإجارة رجح منهما ابن الرّفعة الصحة وهو الظاهر ، ويصح ضمان عهدة المسلم فيه بعد أدائه للمسلم إن استحقّ رأس المال المعين ، ولا يصح ضمان رأس المال للمسلم إن خرج المسلم فيه مستحقاً ؛ لأنه في الذمة ولا استحقاق فيه يتصوّر ، وإنما يتصوّر في المقبوض .

فرع : لو اختلف الضامن والبائع في نقص الصنجة صدّق الضامن بيمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، أو البائع والمشتري صدق البائع بيمينه لأن ذمة المشتري كانت مشغولة بخلاف الضامن فيما ذكر ، وإذا حلف البائع طالب المشتري بالنقص لا الضامن إلا إن اعترف أو قامت بينة . قال في المطلب : والمضمون في هذا الفصل ليس هو ردّ العين وإلا فكان يلزم أن لا تجب قيمته عند التلف بل المضمون ماليته عند تعذر ردّه . قال : وهذا لا شكّ فيه عندي وإن لم أره مسطوراً .

فائدة : قال ابن سريج : لا يضمن درك المبيع إلا أحمق ، وهو كقول الشافعي رضي الله عنه : لا يدخل في الوصية إلا أحمق أو لصّ ، وأراد به الغالب في الناس **(وكونه)** أي المضمون ديناً **(لازماً)** غير مستقرّ كالمهر قبل الدخول أو الموت وثمن المبيع قبل قبضه ودين السلم للحاجة إلى التوثق لأنه آيل إلى الاستقرار **(لا كنجوم كتابة)** ؛ لأن للمكاتب إسقاطها بالفسخ فلا معنى للتوثق عليه ، ويصح الضمان عن المكاتب بغيرها لأجنبيّ لا للسيد بناء على أن غيرها يسقط أيضاً عن المكاتب بعجزه وهو الأصح . فإن قيل : قد مرّ أن الحوالة تصح من السيد عليه فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن الحوالة يتوسع فيها ؛ لأنها بيع دين بدين جوّز للحاجة **(ويصح ضمان الثمن في مدّة الخيار في الأصح)** ؛ لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه ، فألحق باللازم ، والثاني : لا ، لعدم لزومه في الحال ، وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مفرّع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع . أما إذا منعه فهو ضمان ما لم يجب ، وما أشار إليه هو المتجه حتى لو كان الخيار لهما أو للبائع وحده لم يصح الضمان ، وهذا يخالف الحوالة أيضاً ؛ لأنها تصح في زمن الخيار مطلقاً لما

وَضَمَانُ الْجَعْلِ كالرَّهْنِ بِهِ ، وَكَوْنُهُ مَعْلُوماً في الجَدِيـدِ ،

مرّ (**وضمان الجعل**) في الجعالة (**كالرّهن به**) وتقدّم أنه يصح الرّهن به بعد الفراغ من العمل قطعاً ، ولا يصح قبله ولو بعد الشروع في الأصح ، فلو قال شخص : مَن ردّ عبدي ، فله دينار فضمنه عنه ضامن قبل مجيء العبد لم يصح ؛ لأنه غير لازم كمال الكتابة ، والفرق بين الجعل والثمن في مدّة الخيار ؛ أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بالعمل ، بخلاف الثمن فإنه يؤول إليه بنفسه كما مرّ (**وكونه**) أي المضمون (**معلوماً**) جنساً وقدراً وصفة وعيناً (**في الجديد**) ؛ لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فأشبه البيع والإجارة ، فلا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين ، والقديم لا يشترط ذلك، لأن معرفته متيسرة ، ومحل الخلاف في مجهول يمكن الإحاطة به ، مثل : أنا ضامن ما بعتَ من زيد كما مثل به في المحرّر ، فإن قال لشيء منه بطل جزماً .

تنبيه : جملة الشروط التي اعتبرها المصنف تبعاً للرّافعي ثلاثة : كونه ثابتاً لازماً معلوماً . قال في المهمات : وبقي للمضمون شرط رابع ذكره الغزالي وأهمله الشيخان ، وهو كونه قابلاً ؛ لأن يتبرع به الإنسان على غيره فيخرج القصاص وحدّ القذف والأخذ بالشفعة اهـ وكان الأولى أن يقول وحق الشفعة اهـ وهذا الشرط كما قال بعض المتأخرين : ضرره أكثر من نفعه فإنه يرد على طرده حقّ القسم للمظلومة ، فإنه يصير في ذمة الزوج ، ويصح التبرّع به على غيره ، ولا يصح ضمانه للمرأة وعلى عكسه دين الزكاة ، فإنه يصح ضمانه مع أنه لا يصح التبرّع به على غيره ، وكذلك الدين الذي تعلق به حق الله تعالى يصح ضمانه ، ولا يصح التبرّع به على غيره ، وكذلك الدين للمريض المعسر أو الميت المعسر يصح ضمانه ولا يصح التبرّع به .

تتمة : يصح ضمان ردّ كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه كمغصوبة ومستعارة ومستامة ومبيع لم يقبض كما يصح بالبدن بل أولى ؛ لأن المقصود هنا المال ، ويبرأ الضامن بردّها للمضمون له ويبرأ أيضاً بتلفها ، فلا يلزمه قيمتها كما لو مات المكفول ببدنه لا يلزم الكفيل الدين ، ولو ضمن قيمة العين إن تلفت لم يصح لعدم ثبوت القيمة ، ومحلّ صحة ضمان العين إذا أذن فيه واضع اليد أو كان الضامن قادراً على انتزاعه منه نقله شارح التعجيز عن الأصحاب . أما إذا لم تكن العين مضمونة على مَن هي بيده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصيّ ، فلا يصح ضمانها ؛ لأن الواجب فيها التخلية دون الردّ

وَالإِبْـرَاءُ مِنَ المَجْهُولِ بَـاطِلٌ في الجَـدِيدِ إلَّا مِنْ إبِـلِ الدِّيَـةِ ، وَيَصِـحُّ ضَمَـانُهَـا في الأَصَحِّ ،

(والإبراء) من العين باطل جزماً وكذا (من) الدين (المجهول) جنساً أو قدراً أو صفة (باطل في الجديد) ؛ لأن البراءة متوقفة على الرضا ولا يعقل مع الجهالة ، والقديم أنه صحيح ، لأنه إسقاط محض كالإعتاق ، ومأخذ القولين أنه تمليك أو إسقاط ، فعلى الأوّل يشترط العلم بالمبرأ منه ، وعلى الثاني : لا فيصح . قال في الروضة في باب الرجعة : المختار أنه من المسائل التي لا يطلق فيها ترجيح بل يختلف الترجيح بحسب المسائل لقوّة الدليل وضعفه اهـ والتحقيق فيه كما أفاده شيخي أنه إن كان في مقابلة طلاق اشترط علم كل من الزوج والزوجة ؛ لأنه يؤول إلى المعاوضة وإلا فهو تمليك من المبرىء إسقاط عن المبرأ عنه فيشترط علم الأوّل دون الثاني ، وطريق الإبراء من المجهول أنه يذكر عدداً يتحقق أنه يزيد على قدر الدين كمن لا يعلم هل له عليه خمسة أو عشرة فيبرئه من خمسة عشر مثلاً (إلا من إبل الدية) فيصح الإبراء منها على القولين وإن كانت مجهولة الصفة ؛ لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فيغتفر في الإبراء تبعاً له (ويصح ضمانها في الأصح) كالإبراء ؛ ولأنها معلومة السنّ والعدد ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد ، والثاني : لا لجهالة وصفها والإبراء مطلوب فوسع فيه بخلاف الضمان ، فالوجهان على الجديد ، ويصح على القديم جزماً ، وعلى القول بصحة الضمان يرجع ضامنها إذا ضمنها بالإذن وغرمها بمثلها لا بقيمتها كالقرض كما جزم به ابن المقري . ولا يصح ضمان الدية عن العاقلة قبل الحلول ؛ لأنها غير ثابتة بعد ، ولو سلم ثبوتها فليست لازمة ولا آيلة إلى اللزوم عن قرب بخلاف الثمن في مدّة الخيار .

فروع : لو ملكه مدينه ما في ذمّته برىء منه من غير نية أو قرينة ولو لم يقبل كالإبراء ولو أبرأ أحد خصميه مبهماً لم يصح ، ولو أبرأ وارث عن دين مورثه ، ولو لم يعلم بموته ثم تبين موته صح كما في البيع ، ولو ضمن عنه زكاته صح كدين الآدمي ، ويعتبر الإذن عند الأداء ، إذا ضمن عن حيّ ، فإن ضمن عن ميت جاز الأداء عنه . وإن انتفى الإذن كما ذكره الرافعي في باب الوصية ، ولو استحلّ منه من غيبة اغتابها ولم يعينها له فأحله منها فهل يبرأ منها أو لا ؟ وجهان أحدهما : نعم ، لأنه إسقاط محض كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص وهو لا يعلم عين المقطوع فإنه يصح . والثاني : لا ؛ لأن المقصود رضاه ولا يمكن الرضا بالمجهول ويفارق القصاص بأن العفو عنه مبني على التغليب والسراية

وَلَوْ قَالَ ضَمِنْتُ مَا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِناً لِعَشَرَةٍ . قُلْتُ : الأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصــل

الْمَـذْهَبُ صِحَّةُ كَفَـالَةِ الْبَـدَنِ ، فَإِنْ كَفَـلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْـهِ مَـالٌ لَمْ يُشْتَـرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ ، وَيُشْتَرَطُ كَـوْنُهُ مِمَّـا يَصِحُّ ضَمَـانُه ،

بخلاف إسقاط المظالم ، وبهذا جزم المصنف في أذكاره . قال : لأنه قد يسامح بشيء دون شيء ، وزعم الأذرعي أن الأصح خلافه أخذاً مما ذكره في باب الشهادة من أن مقتضى كلام الحليمي وغيره الجزم به ، وهذا هو الظاهر (**ولو قال : ضمنت ما لك على زيد من درهم إلى عشرة فالأصح صحته**) لانتفاء الغرر بذكر الغاية . والثاني : لا يصح لجهالة المقدار فإنه متردّد بين الدرهم والعشرة (**و**) الأصح على الأوّل (**أنه يكون ضامناً لعشرة**) إن كانت عليه أو أكثر منها إدخالاً للطرفين في الالتزام (**قلت : الأصح لتسعة ، والله أعلم**) إدخالاً للطرف الأوّل ؛ لأنه مبدأ الالتزام ، وقيل لثمانية إخراجاً للطرفين . فإن قيل : رجح المصنف في باب الطلاق أنه لو قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقوع الثلاث ، وقياسه تعين العشرة . أجيب بأن الطلاق محصور في عدد فالظاهر آستيفاؤه بخلاف الدين ، ولو ضمن ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية كما في الإقرار ، ولو كان جاهلاً بقدر الدين وقال : ضمنت دراهمك التي على فلان صحّ في ثلاثة كما هو مقتضى كلام أصل الروضة في التفويض في الصداق لدخولها في اللفظ بكل حال .

فصل

في كفالة البدن ، وتسمى أيضاً كفالة الوجه (**المذهب صحة كفالة البدن**) في الجملة ؛ لأنه سيأتي منعها في حدود الله تعالى ، وهي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليها ، واستؤنس لها بقوله تعالى ﴿لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾ [يوسف : ٦٦] وفي قول لا تصح ؛ لأن الحرّ لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه . والطريق الثاني : القطع بالأوّل . وقول الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس (**فإن كفل بدن مَن عليه مال لم يشترط العلم بقدره**) ؛ لأنه تكفل بالبدن لا بالمال (**و**) لكن (**يشترط كونه**) أي المال (**مما يصح ضمانه**) فلا تصح الكفالة ببدن المكاتب للنجوم التي عليه ؛ لأنه لا يصح ضمانها كما مرّ .

وَالمَـذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَـدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُـوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَـاصٍ وَحَـدِّ قَـذْفٍ ، وَمَنْعُهَـا في حُدُودِ اللّهِ تَعَـالَى ، وَتَصِـحُّ بِبَـدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُـونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَـائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَـدَ

تنبيـه : قوله كأصله : مَن عليه مال يوهم أن الكفالة لا تصح ببدن مَن عنده مال لغيـره وليس مـراداً بل تصـح وإن كان المـال أمانـة كـوديعـة ؛ لأن الحضـور مستحقّ عليـه فيشمله الضابط الآتي (**والمذهب صحتها ببدن مَن عليه عقوبة لآدميّ كقصاص وحدّ قذف**) وتعزير ؛ لأنه حقّ لازم فأشبه المال ، وفي قول لا تصح ؛ لأن العقوبة مبنية على الدفع فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها . وقطع بعضهم بالأوّل وبعضهم بالثاني (و) المذهب (**منعها في حدود الله تعالى**) كحدّ الخمـر والزنـا والسرقـة ؛ لأنها يسعى في دفعهـا ما أمكن . والـطريق الثاني قولان ثانيهما الصحة كحدود الآدميين، وقول الأذرعي محل المنع في حدود الله تعالى ما لم يتحتم استيفـاء العقوبـة ، فإن تحتم فيشبـه أن يحكم بالصحـة ضعيف كمـا نبّـه عليـه بعض المتأخرين .

تنبيـه : الضابط لصحة الكفالة وقوعها بإذن من المكفول مع معرفة الكفيل له ببدن من لزمه إجابة إلى مجلس الحكم أو استحق إحضـاره إليه عنـد الاستعداء للحق كـالكفالـة ببدن امـرأة يدّعي رجـل زوجيتهـا ؛ لأن الحضـور مستحق عليهـا ، أو ببـدن رجـل تـدّعي آمـرأة زوجيتـه ، أو ببدن امـرأة لمَن ثبتت زوجيته ، وكـذا عكسه كمـا بحثه شيخنـا ، وكأن يكـون الزوج مولياً (**وتصح**) الكفالة (**ببدن صبيّ ومجنون**) بإذن الوليّ ؛ لأنه قد يستحق إحضـارهمـا لمجلس الحكم لإقـامة الشهـادة ليشهد على صـورتهمـا في الإتـلافـات وغيـرهـا إذا تحملوا الشهادة كذلك ولم يعرفوا آسمهما ونسبهما ، ويطالب الكفيل وليهما بإحضارهمـا عند الحـاجة إليه ، فإن صدر بغير إذن الـوليّ فكالكفـالة ببـدن البالـغ العاقـل بغير إذنـه . قال الأذرعي : والظاهر أنه يعتبر في كفالة بدن السفيه إذن وليه ، ويحتمل خلافه اهـ والأوّل أظهـر (و) ببدن (**محبوس وغائب**) بإذنه كما سيأتي في عموم اللفظ ؛ لأن حصول المقصود متوقـع وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يصح ضمان المعسـر المال . ولا فـرق فيه بين أن يكـون في موضع يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم أم لا حتى لو أذن ثم انتقل إلى بلد بهـا حاكم ، أو إلى فوق مسافة العدوى فـوقعت بعد ذلـك صحت ووجب عليه الحضـور معه لأجـل إذنه في ذلك ، بل لو كان فوق مسافة القصر كما يؤخذ مما سيأتي (و) ببـدن (**ميت ليحضره فيشهَـد**)

عَلَى صُورَتِهِ ، ثُمَّ إنْ عَيَّنَ مكانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ وَإلاَّ فَمَكَانُهَا، وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلاَ حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ ، وَبِأَنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَيَقُولَ سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ ،

بفتح الهاء (**على صورته**) إذا تحمل كذلك ولم يعرف اسمه ونسبه . ومن المعلوم أن محل ذلك قبل دفنه وقبل تغيره ، ولا نقل من بلد إلى آخر ، فإن حصل شيء من ذلك لم تصح الكفالة . قال في المطلب : ويظهر اشتراط إذن الوارث إذا اشترطنا إذن المكفول اهـ وهو كما قال ، لكن محله كما قال شيخنا فيمن يعتبر إذنه وإلا فالمعتبر إذن وليه ، ودخل في الوارث بيت المال ، وبقي ما لو مات ذميّ عن غير وارث وآنتقل ماله فيئاً لبيت المال ، وظاهر كلامهم عدم الاكتفاء بإذن الإمام وهذا هو الظاهر (**ثم إن عين**) الكفيل في الكفالة (**مكان التسليم تعين**) تبعاً لشرطه (**وإلا**) بأن لم يعين مكاناً (**فمكانها**) أي الكفالة يتعين كما في السلم فيهما ، وكلامهم يفهم أنه لا يشترط بيان موضع التسليم وإن لم يصلح له موضع التكفل كاللُّجة ، أو كان له مؤنة ، وهو مخالف لنظيره في السلم المؤجل فيحتمل أن يلحق به ويحتمل خلافه أخذاً بمفهوم كلامهم ويفرق بأنَّ السلم عقد معاوضة والتكفل محض التزام ، وهذا هو الظاهر ويحمل على أقرب موضع صالح للتسليم (**ويبرأ الكفيل بتسليمه**) أو بتسليم وكيله (**في مكان التسليم**) المذكور (**بلا حائل كمتغلب**) يمنع المكفول له عنه لقيامه بما وجب عليه فإن أحضره مع وجود الحائل لم يبرأ الكفيل لعدم الانتفاع بتسليمه .

تنبيه : قضية كلامه عدم البراءة بتسليمه في غير مكان التسليم وهو كذلك إن كان للمكفول له غرض في آلامتناع كفوت حاكم أو معين ، وإن امتنع لا لغرض تسلمه الحاكم عنه ؛ لأن التسلم حينئذ لازم له ، فإذا امتنع منه ناب عنه الحاكم فيه ، فإن لم يكن حاكم سلمه إليه وأشهد به شاهدين ويبرأ بتسليمه للمكفول له محبوساً بحق لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق بخلاف ما إذا كان محبوساً بغير حقّ لتعذر تسليمه (**وبأن يحضر المكفول**) في مكان التسليم (**ويقول**) للمكفول له (**سلمت نفسي عن جهة الكفيل**) كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين ، ولو سلم نفسه عن الكفيل فأبى أن يقبله . قال الماوردي : أشهد المكفول أنه قد سلم نفسه عن كفالة فلان وبرىء الكفيل منها ، وقياس ما تقدّم أنه يتعين الرفع إلى الحاكم ثم الإشهاد.

تنبيه : إطلاق المصنف يشمل الصبيّ والمجنون يسلمان أنفسهما عن جهة الكفيل .

وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ ، فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ ، وَإِلاَّ فَيَلْزَمُهُ ، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ ، وَقِيلَ إِنْ

قال الأذرعي : وفيه وقفة إذ لا حكم لقولهما ولم أره نصاً ، والظاهر أنه إن قبل حصل التسليم وإلا فلا اهـ وهو حسن (**ولا يكفي مجرد حضوره**) من غير قوله : سلمت نفسي عن الكفالة ؛ لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد عن جهته ، فلو سلمه إليه أجنبي عن جهة الكفيل بإذنه برىء ، أو بغير إذنه فلا إن لم يقبل ، فإن قبل ولا يلزمه القبول برىء الكفيل ، ولو تكفل به رجلان معاً أو مرتباً فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر ، إن قال سلمته عن صاحبي كان كما لو كان بالدين رهنان فانفك أحدهما لا ينفك الآخر ، ولو كفل رجل لرجلين فسلم إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر ، ولو تكافل كفيلان ثم أحضر أحدهما المكفول به برىء محضره من الكفالة الأولى والثانية وبرىء الآخر من الثانية ؛ لأن كفيله سلمه ولم يبرأ من الأولى ؛ لأنه لم يسلم هو ولا أحد عن جهته ، ولو أبرأ المكفول له الكفيل من حقه برىء ، وكذا لو قال : لا حقّ لي على الأصيل أو قبله في أحد وجهين . قال الأذرعي : إنه الأقرب كما يبرأ الأصيل بإقراره المذكور (**فإن غاب**) المكفول (**لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه**) لعدم إمكانه فأشبه المعسر بالدين والقول قوله : إنه لا يعلم (**وإلا**) بأن علم مكانه (**فيلزمه**) إحضاره ، ولو كان فوق مسافة القصر كغيبة مال المديون إلى هذه المسافة فإنه يؤمر بإحضاره ، وسواء كان غائباً عند الكفالة كما مرّ أو غاب بعدها بشرط أمن الطريق ولم يذهب إلى مَن يمنعه ، وما يغرمه الكفيل من مؤنة السفر في هذه الحالة في ماله (**ويمهل مدّة ذهاب وإياب**) على العادة لأنه الممكن . قال الإسنوي : وينبغي أن يعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين للاستراحة وتجهيز المكفول وهو كما قال شيخنا ظاهر في مسافة القصر فأكثر بخلاف ما دونها . وقال الأذرعي : والظاهر إمهاله عند الذهاب والعود لانتظار رفقة يأمن بهم ، وعند الأمطار والثلوج الشديدة والأوحال المؤذية التي لا تسلك عادة ، ولا يحبس مع هذه الأعذار اهـ وهذا ظاهر (**فإن مضت**) أي المدّة المذكورة (**ولم يحضره حبس**) قال الإسنوي : إن لم يؤدّ الدين ؛ لأنه مقصر ، فلو أدّاه ثم قدم الغائب ، فالمتجه أن له استرداده . وقال الأذرعي : الأقرب عدم استرداده ، لأنه متبرع بالأداء لتخليص نفسه اهـ والأوّل أوجه ؛ لأنه ليس متبرعاً ، وإنما غرمه للفرقة ، وينبغي كما قال شيخي : أن يلحق بقدومه تعذر حضوره بموت ونحوه حتى يرجع به ، وإذا حبس أديم حبسه إلى أن يتعذر إحضار الغائب بموت أو جهل بموضعه أو إقامة عند مَن يمنعه قاله في المطلب (**وقيل : إن**

غَـابَ إِلَى مَسَـافَةِ الْقَصْـرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَـارُهُ ، وَالأَصَحُّ أَنَّـهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لاَ يُـطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ ، وَأَنَّهُ لَوْ شُرِطَ فِي الْكَفَالَـةِ أَنَّهُ يَغْـرَمُ الْمَالَ إِنْ فَـاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ ، وَأَنَّهَـا لاَ تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ .

غاب إلى مسافة القصر) فأكثر **(لم يلزمه إحضاره)** كالولي وشاهد الأصيل ، فإن غيبتهمـا إلى هذه المسافة كالغيبة المنقطعة **(والأصح أنه إذا مات ودُفن)** أو لم يُدفن أو هرب أو توارى **(لا يـطالب الكفيل بـالمال)** ؛ لأنـه لم يلتزمـه وإنمـا ضمن النفس ولم يتمكن من إحضـارهـا ، والثاني : يطالب به بدلاً عن الإحضار المعجوز عنه ؛ لأن ذلك فائدة هذه الوثيقة .

تنبيـه : ظاهر إطلاق المصنف أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يخلف المكفـول وفـاء أم لا . قال الإسنـوي تبعاً للسبكي : وظـاهر كـلامهم اختصاصه بمـا إذا لم يخلف ذلـك اهـ واحترز بـالمال عن العقـوبة فـإنه لا يـطالب بها جـزمـاً . قـال الإسنـوي : وتقييـد المصنف تبعاً للمحرر بالدفن إنما يستقيم أن لو تكلم في بطلان الكفالة، وإنما الوجهان في المطالبة فيستوي فيها قبل الدفن وبعده اهـ ولهذا قدرت في كلامه أو لم يدفن وقبل الدفن إن احتيج إلى إحضاره لإقامة الشهادة على عينه أحضـره الكفيل بـالشروط المتقـدّمة ، ولا شيء على مَن تكفل ببدن رقيق فمـات أو زوجة فمـاتت (و) الأصحّ **(أنـه لو شـرط في الكفالـة أنه يغرم المال إن فات التسليم)** كقوله كفلت بدنه بشرط الغرم أو على أني أغرم **(بطلت)** ؛ لأنه شرط ينافي مقتضاها بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق ، والثاني : يصـح بناء على مقـابله . فإن قيل : هلا بطل الشرط فقط كما لو أقرضه بشرط ردّ مكسـر عن صحيح أو لشـرط الخيار للمضمون له أو ضمن المؤجل بشرط الحلول بجامع أنه زاد خيراً . أجيب بـأن المشروط في تلك صفة تابعة ، وفي هذه أصل يفرد بعقد والتابـع يغتفر فيـه ما لا يغتفـر في الأصل ، ولـو قال : كفلت بدنه ، فإن مات فعليّ المال صحت الكفالة وبطل التزام المال قاله الماوردي ، وهو كما قال الزركشي محمول على ما إذا لم يرد به الشـرط وإلا بطلت (و) الأصـحّ **(أنها لا تصحّ بغير رضـا المكفول)** الـذي يعتبر إذنـه أو الولي حيث لا يعتبر بناء على أن الكفيـل لا يغرم المال عند العجز فلا فائدة لها إلا حضور المكفول ، وهو لا يلزمه الحضـور مع الكفيـل حينئذ والثاني : تصحّ بناء على أنه يغرم فيلزمه المال ؛ لأنه عاجز عن إحضاره .

تنبيـه : علم من كـلام المصنف أنه لا يشتـرط رضا المكفـول له وهـو الأصح كمـا لا يشترط رضا المضمون له ، فلو تكفل به بـلا إذن منه لم تلزمـه إجابـة الكفيل فليس للكفيـل

فَصْــلٌ

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالْتِزَامٍ كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ أَوْ تَحَمَّلْتُهُ أَوْ تَقَلَّدْتُهُ أَوْ تَكَفَّلْتُ بِبَدَنِهِ ، أَوْ أَنَا بِالمَالِ أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَوْ كَفِيلٌ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ حَمِيلٌ ،

مطالبته ، وإن طالب المكفول له الكفيل كما في ضمان المال بغير إذن إلا إن سأله المكفول له إحضاره كأن قال له : أحضره إلى القاضي فإنه إذا أحضره باستدعاء القاضي وجب عليه ، لكنه ليس بسبب الكفالة بل ، لأنه وكيل صاحب الحقّ ، وعلى هذا لا بدّ من آعتبار مسافة العدوى ، وإنما آعتبر آستدعاء القاضي ؛ لأن صاحب الحقّ لو طلب إحضار خصمه إلى القاضي لم يلزمه الحضور معه بل يلزمه أداء الحق إن قدر عليه وإلا فلا شيء عليه ، وإذا امتنع الكفيل من إحضار المكفول في هاتين الصورتين لم يحبس . أما في الصورة الأولى وهي فيما إذا لم تلزمه الإجابة فإنه حبس على ما لا يقدر عليه . وأما في الثانية : وهي فيما إذا قال له أحضره إلى القاضي فلأنه وكيل .

تتمة : لو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له في تركته ؛ لأنه لا يلزمه مال كما مرّ ولو مات المكفول له لم تبطل ويبقى الحقّ لورثته كما في ضمان المال ، فلو خلف ورثة وغرماء وأوصياء لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الجميع ، ويكفي التسليم إلى الموصى له عن التسليم إلى الوصيّ في أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين : أي إذا كان الموصى له محصوراً لا كالفقراء ونحوهم كما قاله الأذرعي .

فَـصْــلٌ

في بيان الصيغة ، وهي الركن الخامس للضمان الشامل للكفالة معبراً عن ذلك بالشرط فقال : (**يشترط في الضمان**) للمال (**والكفالة**) للبدن صيغة لتدلّ على الرّضى ، وهي (**لفظ**) صريح أو كناية (**يشعر بالتزام**) كغيره من الحقوق ، وفي معناه الكتابة وإشارة أخرس مفهمة (**كضمنت**) لك (**دينك عليه**) أي فلان (**أو تحملته أو تقلدته**) أو التزمته (**أو تكفلت ببدنه أو أنا بالمال**) الذي على زيد (**أو بإحضار الشخص ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل**) أو قبيل أو عليّ ما على فلان لثبوت بعض ذلك بالنص والباقي بالقياس مع آشتهار لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم ، وكل هذه الألفاظ صرائح ، ومن ألفاظ الكفالة خلّ عن فلان ، والدين الذي عليه عندي ، أو دين فلان إليّ ، ولو تكفل فأبرأه المستحق ثم

وَلَوْ قَالَ أُؤَدِّي الْمَالَ أَوْ أُحْضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ، والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ وَلاَ تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ ،

وجده ملازماً للخصم ، فقال: خله وأنا على ما كنت عليه من الكفالة صار كفيلاً ؛ لأنه إما مبتدىء بالكفالة بهذا اللفظ أو مخبر به عن كفالة واقعة بعد البراءة . فإن قيل : لو قال سيد المكاتب له بعد فسخ الكتابة : أقررتك على الكتابة لم تعد فهلا كان هنا كذلك ؟. أجيب بأن الضمان محض غرر وغبن ، فيكفي فيه ذلك من الملتزم بخلاف الكتابة ونحوها ، ولو قال : تكفلت بجسمه أو روحه فهو كقوله : تكفلت ببدنه ، ولو تكفل بجزء شائع كالثلث أو ما لا يبقى الشخص بدونه كالكبد والقلب والرأس والروح والدماغ ، فهو كقوله تكفلت ببدنه كما قاله صاحب التنبيه وأقرّه عليه المصنف في تصحيحه وجريت عليه في شرحه ، وليس في الشرحين والرّوضة تصريح بتصحيح . أما ما يبقى الشخص بدونه كاليد والرجل فلا يكفي ، وتقدّم الجواب في كتاب البيع عن قولهم : كل ما صح تعليقه كالطلاق تصح إضافته إلى الجزء ، وما لا كالبيع فلا . والكفالة لا يصحّ تعليقها كما سيأتي ، ويصحّ إضافتها إلى الجزء .

تنبيه : ذكر في المحرّر كالشرحين والرّوضة لفظة لك بعد ضمنت كما قدّرتها في كلامه ، فحذفها المصنف تنبيهاً على أن ذكرها ليس بشرط . وقال الأذرعي : إنه الظاهر **(ولو قال : أؤدّي المال أو أحضر الشخص فهو وعد)** بالالتزام لا يلزم الوفاء به ، لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام . قال في المطلب : إلا إن صحبته قرينة الالتزام فيلزم **(والأصحّ أنه لا يجوز تعليقهما)** أي الضمان والكفالة **(بشرط)** كإذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان أو تكفلت ببدنه ؛ لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع ، والثاني : يجوز ؛ لأن القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما كالطلاق ، والثالث : يمتنع تعليق الضمان دون الكفالة ؛ لأن الكفالة مبنية على الحاجة **(و)** الأصحّ أنه **(لا)** يجوز **(توقيت الكفالة)** كأنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء ، والثاني : يجوز ؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال ، فإن المقصود منه الأداء ، فلهذا لا يجوز تأقيت الضمان قطعاً كما يشعر به كلام المصنف ، ولا يجوز شرط الخيار في الضمان للضامن ولا في الكفالة للكفيل لمنافاته مقصودها ولا حاجة إليه ؛ لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر . أما شرطه للمستحق فيصحّ ؛ لأن الخيرة في الإبراء والطلب إليه أبداً ، وشرطه للأجنبي كشرطه

وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الإِحْضَارِ شَهْراً جَازَ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمانُ الحَالِّ مُؤَجَّلاً أَجَلاً مَعْلُوماً ، وأَنَّـهُ يَصِحُّ ضَمـانُ المُؤَجَّـلِ حَالاًّ ، وأَنَّـهُ لاَ يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ ،

للضامن ، ولو أقرّ بأنه ضمن أو كفل بشرط خيار مفسد أو قال الضامن أو الكفيل : لا حقّ على مَن ضمنت أو تكفلت به أو قال الكفيل : برىء المكفول صدق المستحق بيمينه وإن نكل حلفا وبرئا دون المضمون عنه والمكفول به ، ويبطل الضمان بشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين ، وتبطل الكفالة بقوله كفلت زيداً على أن لي عليك كذا ، وبقوله : تكفلت بزيد فإن أحضرته وإلا فبعمرو ، وبقوله : أبرىء الكفيل وأنا كفيل المكفول **(ولو نجزها)** أي : الكفالة **(وشرط تأخير الإحضار)** بمعلوم كأن جعله **(شهراً جاز)** ؛ لأنه التزام لعمل في الذمة فجاز مؤجلاً كالعمل في الإجارة ، واحترز بقوله نجزها عن تأجيل الكفالة فإنه لا يصح ، ومن وقع في كلامه جواز تأجيلها فهو متجوّز ، وإنما مراده شرط تأخير الإحضار كما ذكره المصنف ، وبقوله شهراً عن التأجيل بمجهول كالحصاد فإنه لا يصحّ ، ولو أحضره قبل الأجل فكما سبق في المكان الذي شرط التسليم فيه (و) الأصحّ **(أنه يصحّ ضمان الحالّ مؤجلاً أجلاً معلوماً)** ؛ لأن الضمان تبرّع والحاجة تدعو إليه فصحح على حسب ما التزمه ، ويثبت الأجل في حق الضامن على الأصحّ فلا يطالب الضامن إلا كما التزم ، ولا نقول التحق الأجل بالدين الحالّ وإنما يثبت عليه مؤجلاً ابتداء ؛ لأن الحالّ لا يؤجل إلا في صورتين : الأولى إذا أوصى أن لا يطالب إلا بعد شهر مثلاً ، فإن الوصية صحيحة ويعمل بها . الثانية : إذا نذر أن لا يطالبه إلا بعد سنة مثلاً ، قاله المتولي ، والثاني : لا يصح الضمان للمخالفة ، ووقع في بعض نسخ المحرر تصحيحه . قال في الدقائق : والأصحّ ما في بقية النسخ والمنهاج اهـ . ولو ضمن المؤجل مؤجلاً بأجل أطول من الأوّل فكضمان الحالّ مؤجلاً .

تنبيه : شمل قوله : ضمان الحال من تكفل كفالة شرط فيها تأخير الإحضار ببدن من تكفل بغيره كفالة لم يشرط فيها ذلك ، ولهذا كانت أولى من قول المحرر ضمان المال الحال (و) الأصحّ **(أنه يصحّ ضمان المؤجل حالاًّ)** لأنه تبرّع بالتزام التعجيل فصحّ كأصل الضمان ، والثاني لا يصح لما مر (و) الأصح على الأوّل **(أنه لا يلزمه التعجيل)** كما لو التزمه الأصيل ، والثاني : يلزمه ، لأن الضمان تبرّع لزم فلزمته الصفة كما لو نذر عتق عبد مؤمن ، وعلى الأوّل هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً أو تبعاً لقضاء حق المشابهة ؟ وجهان : وتظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه ، فإن جعلناه في حقه تابعاً حلّ

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالأَصِيلِ ،

عليه وإلا فلا كما لو مات المضمون له ، والراجح الثاني كما قاله صاحب التعجيز في شرحه . فإن قيل يشكل تصحيح ضمان المؤجل حالاً وعكسه بعدم صحة ما لو رهن على الدين الحالّ وشرط في الرهن أجلاً ، وكذا عكسه كما صرّح به الماوردي فإن كلاهما وثيقة . أجيب بأن الشرط في المرهون إذا كان ينفع الراهن ويضرّ بالمرتهن أو بالعكس لم يصحّ ، وهذا الضرر حاصل للراهن ، إما بحبس المرهون حتى يحلّ الدين وإما ببيعه في الحال قبل حلوله (**وللمستحقّ**) أي المضمون له أو وارثه (**مطالبة الضامن والأصيل**) بالدين اجتماعاً وانفراداً أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه . أما الضامن فلحديث «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» . وأما الأصيل فلأن الدين باق عليه . فإن قيل : يلزم من مطالبتهما أنه إذا كان له مائة أنه يطالب بمائتين ، لأنه يطالب كل منهما بمائة وذلك ممنوع . أجيب بأن الممنوع ليس في المطالبة ، إنما الممنوع في المرتب عليها وهو الأخذ وليس له إلا أخذ أحدهما ، والتحقيق أن الدين الذي على الضامن ، هو الذي على الأصيل لا غيره والذمتان مشغولتان به كالرهنين بدين واحد . قال الماوردي : ولو أفلس الضامن والمضمون عنه ، فقال الضامن للحاكم بع أوّلاً مال المضمون عنه وقال المضمون له : أريد أبيع مال أيكما شئت . قال الشافعي : إن كان الضمان بالإذن أجيب الضامن وإلا فالمضمون له ، وإذا رهن رهناً وأقام ضامناً خير المستحق بين بيع الرهن ومطالبة الضامن على الصحيح .

تنبيه : قد يقتضي كلام المصنف : أنه لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على زيد وهو ألف مثلاً أنه يطالب كلاًّ منهما بجميع الألف ، وفي المسألة وجهان : أحدهما هذا وصححه المتولي كما لو قالا :رهنا عبدنا هذا بالألف الذي لك على فلان فإن حصة كل منهما رهن بجميع الألف . والثاني : أنه لا يطالبه إلا بالنصف فقط ، وصححه الماوردي والبندنيجي كما لو قالا : اشترينا عبدك بألف ، وصوّب الأوّل السبكي وقال : لأن الضمان توثقة كالرّهن . قال المتولي : ويخالف الشراء ؛ لأن الثمن عوض الملك ، فبقدر ما يحصل للمشتري من الملك يجب عليه من الثمن بخلاف الضمان لا معاوضة فيه . وقال الأذرعي : القلب إلى الثاني أميل ؛ لأنه المتيقن وشغل ذمة كلّ واحد بالزائد مشكوك فيه اهـ . واختلف أيضاً علماء عصرنا في الإفتاء في ذلك ، وأنا أقول كما قال الأذرعي : وتعبير المصنف بالمستحق أعمّ من تعبير أصله ، والروضة بالمضمون له ، فإنه يشمل الوارث كما قرّرت به

والأَصَحُّ أَنَّـهُ لَا يَصِحُّ بِشَـرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ ،وَلَوْ أَبْرَأَ الأَصِيلَ بَرِىءَ الضَّامِنُ،ولاَ عَكْسَ ، وَلَوْ مَاتَ أَحَـدُهُمَا حَـلَّ عَلَيْهِ دُونَ الآخَـرِ ، وإِذَا طَالَبَ المُسْتَحِقُّ الضَّـامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَـةُ الأَصِيلِ بِتَخْلِيصِـهِ بِالأَداءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ،

كلامه ، لكنه قد يدخل فيه المحتال مع أنه لا يطالب الضامن ؛ لأن ذمته قد برئت بالحوالة ، ولو ضمن الضامن آخر والآخر آخر ، وهكذا طالب المستحق الجميع **(والأصح أنه لا يصح)** الضمان **(بشرط براءة الأصيل)** لمنافاة الشرط لمقتضى الضمان ، وكذا لو ضمن بشـرط براءة ضامن قبله أو كفل بشرط براءة كافل قبله . والثاني : يصح الضمـان والشرط لمـا رواه جابـر في قصة أبي قتادة للميت قـال «فَجَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيـهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : هُمَـا عَلَيْكَ وَفِي مَالِكَ وَالمَيِّتُ مِنْهُمَـا بَرِيءٌ. فَقَـالَ : نَعَمْ فَصَلَّى عَلَيهِ» . قـال الحاكم : صحيـح الإسناد ، وأجـاب الأوّل بأن المـراد بقولـه : بريء إنمـا هو في المستقبـل . والثالث : يصـح الضمان فقط ، ويبطل الشرط كما لو أعتق عبداً بشرط أن يعطيه شيئاً **(ولو أبـرأ)** المستحق **(الأصيل)** من الدين **(برىء الضامن)** منه لسقوطه **(ولا عكس)** أي لو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل ؛ لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفكّ الـرهن . نعم يبرأ معـه من بعده من الملتـزمين ، لأنه فرعه فيبرأ ببراءته دون من قبله .

تنبيـه : في معنى الإبـراء أداء الـدين والاعتيـاض والحـوالـة بـه وعليـه ، وقـول ابن الملقن : لو عبر بقوله بريء كان أشمل : لم يصح في قوله ولا عكس فإنه لـو بريء الكفيـل بالأداء بريء الأصيـل ، فالإبـراء في الثانيـة متعين **(ولو مـات أحدهمـا)** والدين مؤجـل **(حلّ عليه)** لخراب ذمته ، وكذا لو استرقّ **(دون الآخر)** فلا يحلّ عليه ؛ لأنه يرتفق بالأجل ، فـإن كان الميت الأصيل فللضامن أن يطالب المستحق بأخذ الـدين من تركتـه أو إبرائـه هو ، لأن التركة قد تهلك فلا يجد مرجعاً إذا غرم ، وإن كان الميت الضامن وأخذ المستحق الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن في الضمان قبل حلول الأجل .

تنبيـه : محلّ ما ذكره المصنف إذا كان الضمان في الذمة ، فإن كان عيناً معينة كما لو أعاره عيناً ليرهنها وقلنا بالصحيح : إنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء فمات المعير لا يحلّ الدين كما قاله ابن الصلاح في فتاويه . قال : وإنمـا يحل الـدين الذي في الـذمة لتبـرأ ذمته منـه ، وهذا في عين فـزال المحذور **(وإذا طـالب المستحق الضامن)** بـالـدين **(فله مـطالبـة الأصيل بتخليصه بالأداء)** للدّين المضمون لـه ليبرأ الضـامن . هذا **(إن ضمن بـإذنه)** ، لأنـه

والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ ، ولِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الأَصِيلِ إنْ وُجِدَ إذْنُهُ فِي الضَّمَانِ والأَدَاءِ ، وإنِ انْتَفَى فيهِمَا فَلاَ ،

الذي أوقعه في المطالبة كما أنه يغرمه إذا غرم ، ومعنى التخليص : أنه يؤدّي دين المضمون له ليبرأ الضامن . أما إذا ضمن بغير إذنه فليس له مطالبته ؛ لأنه لم يسلط عليه . قال في المطلب : ولو كان الأصيل محجوراً عليه كصبيّ فللضامن بإذن وليه إن طولب طلب الوليّ بتخليصه ما لم يزل الحجر ، فإن زال توجه الطلب على المحجور عليه ، ويقاس بالصبيّ المجنون والمحجور عليه بسفه ، سواء أكان الضامن بإذنهما قبل الجنون والحجر أم بإذن وليهما بعد ذلك .

تنبيه : قد يفهم اقتصار المصنف على المطالبة : أن الضامن إذا حبس لا يحبس الأصيل وهو كذلك إذ لم يفت عليه قبل تسليمه شيء . قال في المطلب : ولا ملازمته ، وصحح السبكي جواز الحبس ؛ لأن الأصيل لا يعطى شيئاً إذا علم أنه لا يحبس ، وحينئذ فلا يبقى لتجويز المطالبة فائدة **(والأصحّ أنه لا يطالبه)** بتخليصه **(قبل أن يطالب)** هو بالدين كما لا يغرمه قبل أن يغرم . والثاني : يطالب بتخليصه كما لو استعار عيناً للرّهن ورهنها فإن للمالك مطالبته بفكها ، وفرّق الأوّل بأن الرّهن محبوس بالدين ، وفيه ضرر ظاهر بخلاف الضامن ، وعلى الأوّل ليس له : أن يقول للمضمون له إما أن تبرئني من الحق وإما أن تطالبني به ، لأطالب المضمون عنه كما قاله البندنيجي ، ومحل الخلاف ، إذا كان الدين حالاً ، وإلا فليس له مطالبته قطعاً ، ولا يطالب الضامن بالإذن الأصيل بالمال ما لم يسلمه ، فلو دفع إليه الأصيل المال بلا مطالبة وقلنا : لا يملكه وهو الأصح فعليه ردّه ، ويضمنه إن تلف كالمقبوض بشراء فاسد ، فلو قال له : اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال أمانة في يده ، ولو أبرأ الضامن الأصيل أو صالح عما سيغرم في ماله أو رهنه الأصيل شيئاً بما ضمنه أو أقام به كفيلاً لم يصح ؛ لأن الضامن لا يثبت له حقّ بمجرّد الضمان ، ولو شرط الضامن في ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئاً أو يقيم له به ضامناً فسد الضمان لفساد الشرط **(وللضامن)** الغارم **(الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء)** ؛ لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه ، هذا إن أدّى من ماله . أما لو أخذ من سهم الغارمين ، فأدّى به الدين ، فإنّه لا يرجع كما ذكروه في قسم الصدقات خلافاً للمتولي **(وإن انتفى)** إذنه **(فيهما)** أي الضمان والأداء **(فلا)** رجوع لتبرّعه ؛ ولأنه لو كان له الرّجوع لما صلى النبيُّ ﷺ

وإنْ أَذِنَ في الضَّمَانِ فَقَطْ رَجَعَ في الأَصَحِّ ، وَلاَ عَكْسَ في الأَصَحِّ ، وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّراً عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ إلاَّ بِمَا غَرِمَ

على الميت بضمان أبي قتادة (**وإن أذن في الضمان فقط**) وسكت عن الأداء (**رجع في الأصح**) ؛ لأنه أذن في سبب الأداء . والثاني : لا يرجع لانتفاء الإذن في الأداء ، ويستثنى من إطلاق المصنف الرجوع ما إذا ثبت الضمان بالبينة ، وهو منكر كأن آدّعى على زيد وغائب ألفاً وأن كلاًّ منهما ضمن ما على الآخر بإذنه فأنكر زيد فأقام المدّعي بينة وغرمه لم يرجع زيد على الغائب بالنصف لكونه مكذباً للبينة فهو مظلوم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه ، وما لو ضمن عبد ما في ذمة سيده لأجنبيّ وأدّى بعد العتق فإنه لا يرجع في الأصح ، وما لو قال الضامن بالإذن للّه عليّ أن أؤدي دين فلان ولا أرجع به فإنه إذا أدّى لا يرجع (**ولا عكس في الأصح**) أي لا رجوع فيما إذا ضمن بغير الإذن وأدّى بالإذن ، لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يأذن فيه . والثاني : يرجع ، لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه ، ويستثنى من إطلاق المصنف عدم الرجوع ما لو أدّى بشرط الرجوع فإنه يرجع كغير الضامن ، وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوّم بمثله صورة كما قاله القاضي حسين (**ولو أدّى مكسراً عن صحاح أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون ، فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم**) ؛ لأنه الذي بذله . والثاني : يرجع بالصحاح والمائة لحصول براءة الذمة ، والنقصان جرى من ربّ المال مسامحة للضامن ، ولو باعه الثوب بمائة وتقاصا ، أو قال : بعتك الثوب بما ضمنته لك عن فلان صح البيع ورجع بما ضمنه ، ولو صالح الضامن المستحق من الدين على بعضه أو أدى إليه البعض وأبرأه من الباقي رجع بما أدى وبرىء فيهما وبرىء الأصيل عن الباقي في صورة الصلح دون صورة البراءة ؛ لأن الصلح يقع عن أصل الدين ، وبراءة الضامن إنما تقع عن الوثيقة .

فروع : لو أحال المستحق على الضامن ثم أبرأ المحتال الضامن هل يرجع الضامن على الأصيل أو لا؟رجح الجلال البلقيني الأول ، والمعتمد الثاني لقول الأصحاب إذا غرم رجع بما غرم وهذا لم يغرم ، ومثل ذلك ما لو وهبه المستحقّ الدين فإنه لا يرجع بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له فإنه يرجع كما لو وهبت المرأة الصداق للزوج ثم طلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بنصفه بخلاف ما لو أبرأته منه قبل قبضها فإنه لا يرجع عليها بشيء ، ولو ضمن ذميّ لذميّ عن مسلم ديناً فصالح صاحبه على خمر لغا الصلح فلا يبرأ المسلم كما لو

وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْـرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ ، وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الـرُّجُوعِ رَجَـعَ ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُـطْلَقاً فِي الأَصَـحِّ،وَالأَصَحُّ أَنَّ مُصَـالَحَتَهُ عَلَىٰغَيْـرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَـعُ الرُّجُـوعَ ، ثُمَّ إِنَّمَـا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلاً وَامْرَأَتَيْنِ ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الأَصَحِّ ،

دفـع الخمر بنفسـه ، ولـو ضمن شخص الضـامن بـإذنـه وأدّى الـدين للمستحق رجـع على الضامن لا على الأصيل ثم يـرجع الأوّل على الأصيـل ، فإن كـان بغير إذنـه لم يرجـع على الأوّل لعدم إذنه ولا الأوّل على الأصيل ؛ لأنه لم يغرم شيئاً **(وَمَن أدّى دين غيـره بلا ضمـان ولا إذن فلا رجوع)** له عليه لتبرّعه ، وفارق ما لو أوجر طعامه مضطراً قهراً أو وهو مغمى عليه حيث يرجع عليه ؛ لأنه ليس متبرّعاً بل يجب عليه خلاصه من الهلاك ولما فيه من التحريض على مثل ذلك ، ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو أدى الوليّ دين محجوره بنية الـرجوع أو ضمن عنه كذلك فإنه يرجع كما قاله القفال وغيره ، ومـا لو صـار الدين إرثـاً للضامن فـإن له الرجوع لانتقال الدين إليه ولو كان الضمان بغير إذن **(وإن أذن)** له في الأداء **(بشرط الرجـوع رجع)** عليه وفاء بالشرط **(وكذا إن أذن)** له **(مطلقاً)** عن شرط الرجوع فإنه يرجع **(في الأصح)** إذا أدّى بقصـد الرجـوع للعرف . والثـاني : لا ، إذ ليس من ضرورة الإذن الـرجوع ، وفي معنى الإذن التوكيل في الشراء إذا دفع الثمن فـإنه يـرجع على الـراجح لتضمن التـوكيل إذنه بدفع الثمن بدليل أن للبائع مطالبته بالثمن والعهدة ، ولو أذن له في الأداء فضمن لم يرجع ؛ لأنه أدّى عن الضمان وهـو غير مـأذون فيه ، ولـو ضمن شخص الضامن بـإذن الأصيل رجـع عليه كما لو قال لغيره : أدّ ديني فأداه **(والأصح أن مصالحتـه)** أي المأذون **(على غيـر جنس الدين لا تمنع الرجوع)** ؛ لأن قصـد الآذن حصول البـراءة وقد حصلت . والثـاني : تمنع ؛ لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة فهو متبرّع .

تنبيـه : لم يبين المصنف بمَ يرجع ، وهو إنما يرجع بالأقل من الدين المضمون وقيمة المؤدّي ، فلو صالح بالإذن عن عشرة دراهم على ثوب قيمته خمسة أو عن خمسة على ثوب قيمته عشرة لم يرجع إلا بخمسة **(ثم إنما يرجع الضامن والمؤدّي)** بالإذن من غير ضمان **(إذا أشهد بالأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين)** لثبـوت الحق بذلـك ، ويعتبر في الشـاهد العـدالة . نعم لو أشهد مستـورين فبانـا فاسقين كفى على الأصح لإتيانـه بحجة ولتعـذر آطلاعـه على البـاطن فكان معـذوراً **(وكذا رجـل ليحلف معه في الأصـح)** إذ الشاهـد مع اليمين حجـة .

فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الأَصَحِّ فَإِنْ صَدَّقَهُ المَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى المَذْهَبِ .

والثاني :لالأنهماقد يترافعان إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين فكان ذلك ضرباً من التقصير ، وردّه الإمام بأنه لم يشترط أحد إشهاد مَن يتفق العلماء على قبوله .

تنبيه : قوله : ليحلف معه يقتضي اشتراط العزم على الحلف عند الإشهاد ، فلو لم يقصده كان كمن لم يشهد وبه صرّح في الحاوي ، والظاهر أنه إن حلف معه رجع وإن لم يعزم عند الإشهاد . قال الأذرعي : ولو قيل : إن كان حاكم البلد حين الدفع والإشهاد حنفياً فهو مقصر لم يبعد اهـ والظاهر إطلاق كلام الأصحاب ، ولا يكفي إشهاد مَن يسافر قريباً إذ لا يفضي إلى المقصود **(فإن لم يشهد)** أي : الضامن بالأداء وأنكر ربّ الدين أو سكت **(فلا رجوع)** له **(إن أدّى في غيبة الأصيل وكذبه)** ؛ لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصر بعدم الإشهاد **(وكذا إن صدقه في الأصح)** ؛ لأنه لم ينتفع بأدائه ، لأن المطالبة باقية . والثاني : يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه ، ومحلّ الخلاف إذ لم يأمره الأصيل بالإشهاد أو بتركه ، فإن أمره به لم يرجع جزماً أو بتركه رجع جزماً كما قاله الدارمي ، ولو لم يشهد ثم أدى ثانياً وأشهد هل يرجع بالأوّل ؛ لأنه المبرىء للذمة أو بالثاني ؛ لأنه المسقط للضمان ؟ فيه وجهان تظهر فائدتهما فيما لو كان أحدهما صحاحاً والآخر مكسراً مثلاً . قال في الروضة : ينبغي أن يرجع بأقلهما ، فإن كان الأوّل فهو بزعمه مظلوم بالثاني ، وإن كان الثاني فهو المبرىء لكونه أشهد به ، والأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد **(فإن صدّقه المضمون له)** وكذبه المضمون عنه ولا بينة **(أو أدى بحضرة الأصيل)** مع تكذيب المضمون له **(رجع على المذهب)** أي الراجح من الوجهين في المسألتين لسقوط الطلب في الأوّل وعلم الأصيل بالأداء في الثانية . والثاني : في الأولى يقول تصديق ربّ الدين ليس حجة على الأصيل وتصديق ورثة ربّ الدين المطلقين التصرف كتصديقه ، وهل تصديق الإمام حيث يكون لبيت المال كتصديق الورّاث الخاصّ أو تصديق غرماء مَن مات مفلساً كتصديق رب الدين ؟ . قال الأذرعي : لم أرَ فيه شيئاً وهو موضع تأمل اهـ والظاهر كما قاله بعض المتأخرين عدم الإلحاق ؛ لأن المال لغيره ، وفي الثانية : يقول : لم ينتفع الأصيل بالأداء لترك الاشهاد . وأجيب بأنه المقصر بترك الإشهاد ، وهذا ظاهر إذا لم يشرط عليه الإشهاد ، فإن شرطه عليه فيظهر أنه لا يرجع لعدم توفيته بالشرط ، ويقاس بما ذكر في الضامن المؤدي في الأحوال المذكورة .

خاتمة : لو قال أشهدت بالأداء شهوداً وماتوا أو غابوا أو طرأ فسقهم فكذبه الأصيل في الإشهاد ، فالقول قول الأصيل بيمينه ؛ لأن الأصل عدم براءة ذمته وعدم الإشهاد وإن كذبه الشهود فكما لو لم يشهد . فإن قيل : لو أقرّت امرأة بنكاح بحضرة شاهدين فكذباها لا يقدح في إقرارها فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأنها ثم أقرّت بحق عليها فلم يلغ بإنكارهما ، وهذا هنا يريد أن يثبت له حقاً ، ولو قال الشهود لا ندري ، وربما نسينا لا رجوع كما رجحه الإمام وجعله أولى بذلك من دعواه موت الشاهد ، ولو باع من اثنين شيئاً وشرط أن يكون كل منهما ضامناً للآخر بطل البيع . قال السبكي : ورأيت ابن الرفعة في حسبته يمنع أهل سوق الرّقيق من البيع مسلماً ، ومعناه إلزام المشتري بما يلحق البائع من الدلالة وغيرها . قال ولعله أخذه من هذه المسألة ولا يختص ذلك بالرقيق ، وهذا إن كان مجهولاً فإن كان معلوماً فلا وكأنه جعله جزءاً من الثمن بخلاف مسألة ضمان المشتري للآخر لا يمكن فيها ذلك . قال الأذرعي : لكنه هنا شرط عليه أمراً آخر ، وهو أن يدفع كذا إلى جهة كذا فينبغي أن يكون مبطلاً مطلقاً اهـ وهذا هو الظاهر .

كِتَابُ الشِّرْكَةِ

بكسر الشين وسكون الراء ، وحكي فتح الشين وسكون الراء وكسرها ، وشرك بلا هاء . قال تعالى : ﴿ومَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ [سبأ : ٢٢] أي نصيب ، وهي لغة الاختلاط ، وشرعاً ثبوت الحقّ في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع[1] . والأصل فيها

(١) الشركة لغة : قال ابن القطاع : يقال : شَرِكْتُكَ في الأمر أَشْرَكُكَ شِرْكاً وشِرْكةً ، وحكي : بوزن نعمة وسرقة ، وحكى مكي لغة ثالثة : شَرْكَة بوزن تمرة ، وحكى ابن سيده : شركته في الأمر وأشركته . وقال الجوهري : وشَرَكْتُ فلاناً : صرت شريكه ، واشْتَرَكْنا ، وتَشَارَكْنا في كذا ، أي : صرنا فيه شركاء . والشِّرك بوزن العلم : الإشراك ، والنصيب .

انظر : الصحاح ١٥٩٣/٤ ، ومعجم مقاييس اللغة ٢٦٥/٣ ، المصباح المنير ٤٧٤/١ ، النهاية في غريب الحديث ٤٦٦/٢ .

اصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر .

عرّفها المالكية بأنها : إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما .

عرّفها الحنابلة بأنها : نوعان : اجتماع في استحقاق أو في تصرف ، والنوع الأول : شركة في المال ، والنوع الثاني : شركة عقود .

هِيَ أَنْوَاعٌ : شَرِكَةُ الأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الحَمَّالِينَ ، وَسَائِرِ المُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِياً أَوْ مُتَفَاوِتاً مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوِ اخْتِلاَفِهَا . وَشَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ . وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا ، فَإِذَا بَاعَا كانَ الْفَاضِلُ عَنِ الأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا ،

قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، وخبر السائب بن زيد «كَانَ شَرِيكَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ قَبْلَ المَبْعَثِ وَٱفْتَخَرَ بِشَرِكَتِهِ بَعْدَ المَبْعَثِ» وخبر «يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجت مِنْ بَيْنِهِمَا» رواه أبو داود والحاكم وصحح إسنادهما . والمعنى أنا معهما بالحفظ والإعانة ، فأمدّهما بالمعونة في أموالهما ، وأنزل البركة في تجارتهما ، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما ، وهو معنى خرجت من بينهما ، ومقصود الباب شركة تحدث بالاختيار بقصد التصرّف وتحصيل الربح ، وليست عقداً مستقلاً بل هي في الحقيقة وكالة وتوكيل كما يؤخذ مما سيأتي **(هي)** أي الشركة من حيث هي **(أنواع)** أربعة : الأوّل **(شركة الأبدان كشركة الحمالين وسائر المحترفة)** كالخياطين والنجارين والدلالين **(ليكون بينهما كسبهما)** بحرفتيهما **(متساوياً أو متفاوتاً مع آتفاق الصنعة)** كنجار ونجار **(أو آختلافها)** كخياط ونجار **(و)** الثاني : **(شركة المفاوضة)** بفتح الواو بأن يشتركا **(ليكون بينهما كسبهما)** قال الشيخ في التنبيه : بأموالهما وأبدانهما **(وعليهما ما يعرض)** بكسر الراء **(من غرم)** سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد ، وسميت مفاوضة من تفاوضا في الحديث شرعاً فيه جميعاً . وقيل : من قولهم : قوم فوضى بفتح الفاء : أي مستوون **(و)** الثالث : **(شركة الوجوه بأن يشترك الوجيهان)** عند الناس **(ليبتاع كل منهما بمؤجل)** ويكون المبتاع **(لهما ، فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان)** المبتاع بها **(بينهما)** أو أن يتفق وجيه وخامل على أن يشتري الوجيه في الذمة ويبيع الخامل ويكون الربح بينهما ، أو على أن يعمل الوجيه والمال للخامل وهو في يده والربح بينهما . قال في أصل الروضة : ويقرب منه ما ذكره الغزالي أن يدفع خامل مالاً إلى وجيه ليبيعه بزيادة ويكون له بعض الربح ، وأشهر هذه التفاسير الثلاثة

= انظر : تبيين الحقائق ٣١٣/٣ ، شرح فتح القدير ١٥٢/٦ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٩/٤ ، والمبسوط ١٥١/١١ ، مواهب الجليل ١١٧/٥ ، الكافي ٧٨٠/٢ ، كشاف القناع ٤٩٦/٣ ، والإشراف ٣/٢ ، المغني ١/٥ .

وَهٰـذِهِ الأَنْـوَاعُ بَاطِلَةٌ ، وشَـرِكَـةُ الْعِنَـانِ صَحِيحَـةٌ ، ويُشْتَـرَطُ فِيهَـا لَفْظٌ يَـدُلُّ عَلَى

الأوّل (وهذه الأنواع) الثلاثة (باطلة) . أما الأوّل ، وهي شركة الأبدان فلعدم المال فيها ولما فيهـا من الغرر إذ لا يـدري أن صاحبـه يكسب أم لا ؛ ولأن كل واحـد منهمـا متميـز ببـدنـه ومنافعه فيختص بفوائده ، كمـا لو اشتـركا في مـاشيتهما وهي متميـزة ، ويكون الـدرّ والنسل بينهما ، وقياساً على الاحتطاب والاصطياد . وأما الثاني : وهي شركة المفاوضة فلاشتمالهـا على أنـواع من الغـرر ، ولهـذا قـال الشـافعي رضي الله تعـالى عنــه : إن لم تكن شـركـة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا ، أشار إلى كثرة الغـرر والجهالات فيهـا . نعم إن أراد كل منهما بلفظ المفاوضة شركة العنان ، كأن قالا تفاوضنـا أو اشتركنـا شركـة عنان جـاز بناء على صحة العقود بالكنايات . وأما الثالث : وهي شركة الـوجوه فلعـدم المال المشتـرك فيها الذي يرجع إليه عند آنفساخ العقد ، ثم ما يشتريه أحدهما في التصويـر الأوّل . والثاني ملكه له ربحه وعليه خسرانه ، وفي التصوير الثالث قراض فـاسد لاستبـداد المالـك باليـد . نعم إن وكل أحدهما الآخر أن يشتـري عيناً ، وقصـد المشتري الشـراء لهما فـإنهما يصيـران شــريكين في العين المـأذون فيهـا ، ولـو حصــل شيء في النـوعين الأوّلين من آكتســاب المشتركين له منفردين أو مجتمعين فإنه يقسم على أجرة المثـل لا بحسب الشرط كمـا صرّح به في أصل الروضة في الأوّل ، واقتضاه كلامه في الثاني (وشركة العنان صحيحة) بالإجماع وهي أن يشتركا في مال لهما ليتجرا فيه على مـا سيأتي بيـانه ، والعنـان بكسر العين من عنّ الشيء ظهر ، إما لأنها أظهر الأنـواع ، أو لأنه ظهـر لكل من الشـريكين مال الآخـر ، أو من عنـان الدابـة . قال السبكي : وهـو المشهور . وإمـا لاستواء الشـريكين في ولايـة التصـرّف والفسخ وآستحقاق الـربح بقـدر المالين كـآستواء طـرفي العنان ، أو لمنـع كل منهمـا الآخر التصرّف كما شاء كمنع العنان الدابة ، أو لمنع الشريك نفسه من التصرّف في المشتـرك وهو مطلق التصرّف في سائر أمواله كمنع الآخذ لعنان الدابة إحدى يديه من استعمالها كيف شـاء ويده الأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء . وقيل : من عنّ الشيء عرض ، لأن كلاًّ منهما قد عرض له أن يشارك الآخر . وقيـل بفتح العين من عنـان السماء : أي سحـابه ؛ لأنهـا علت كـالسحاب بصحتهـا وشهرتهـا ، ولهذا اتفقـوا على صحتها كمـا مـرّ . ونقـل الإسنـوي عن القاضي عياض أنها بالفتح أيضاً من عنّ إذا ظهر ، وأركانها ثلاثـة : صيغة وعـاقدان ومـال . وزاد بعضهم رابعاً وهو العمل . وبدأ المصنف منها بالصيغـة معبراً عنهـا بالشـرط كما تقـدّم مثـل ذلك في البيـع فقال : (ويشتـرط فيها) أي شـركة العنـان صيغـة وهي (لفظ يـدل على

الإِذْنِ في التَّصَـرُّفِ فَلوِ اقْتَصَـرَ عَلَى اشْتَـرَكْنَـا لَمْ يَكْفِ في الأَصَـحِّ : وَفِيهِمَـا أَهْلِيَّـةُ التَّـوْكِيـلِ والتَّوَكُّلِ ،

الإذن) من كل منهما للآخر **(في التصرّف)** لمَن يتصرّف من كل منهما أو من أحـدهما ؛ لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرّف فيـه ، إلا بإذن صـاحبه ، ولا يعـرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه .

تنبيـه : في معنى اللفظ ما مرّ في الضمان ، فلو قال مـا يدل على الإذن لكـان أولى ، فإن قال أحدهما للآخر : اتجر أو تصرّف آتجر في الجميع فيمـا شاء وإن لم يقـل فيما شئت كالقراض ، ولا يتصـرّف القائـل ، إلا في نصيبه مـا لم يأذن لـه الآخر فيتصـرّف في الجميع أيضاً ، فإن شرط أن لا يتصرّف أحدهما في نصيب نفسه لم يصح العقـد لما فيـه من الحجر على المالك في ملكـه ، ومتى عين له جنسـاً أو نوعـاً لم يتصرّف في غيـره ، ولا يعتبر فيمـا عينـه أن يعمّ وجوده ، ذكـره المحاملي وغيـره بخـلاف القـراض ، والفـرق أن المقصـود من القـراض حصول الـربح حتى لا يضيـع عمل العـامـل ، والـربـح لا يحصـل فيمـا لا يعمّ ، والمقصود من الشركة الإذن في التصرّف فأشبهت الوكالة **(فلو اقتصـرا)** أي كل منهمـا **(على اشتركنا لم يكف)** في الإذن المـذكور **(في الأصح)** ولا يتصرّف كـل منهما ، إلا في نصيبـه لاحتمـال كون ذلـك إخباراً عن حصـول الشـركـة في المـال ، ولا يلزم من حصـولهـا جـواز التصرّف بدليل المال الموروث شركة . والثاني : يكفي لفهم المقصود منه عـرفاً . نعم على الأوّل إن نويا بذلك الإذن في التصـرّف كان إذنـاً كما جـزم به السبكي . ثم شـرع في شرط العاقدين وهما الركن الثاني ، فقال : **(و)** يشترط **(فيهما أهلية التوكيل والتوكل)** في المال ؛ لأن كلًّا منهما يتصرّف في ماله بالملك وفي مال الآخر بالإذن ، فكل منهمـا موكـل ووكيل ، ومحله كمـا قال في المـطلب إذا أذن كل منهمـا للآخـر في التصرّف وإلا فيشتـرط في الآذن أهلية التوكيل ، وفي المأذون له أهلية التوكل حتى يصح أن يكون الأوّل أعمى دون الثاني ، وقضية كلامهم جواز الشركة للوليّ في مال محجوره وهو كذلك كالقراض وإن نـظر فيه بعض المتأخرين ، بل أولى ؛ لأن فيه إخراج جزء من مال محجوره وهـو الربـح بخلاف الشـركة ، ويؤيد الجواز أيضاً ما سيأتي من أنه لو مات أحد الشريكين ولـه وارث غير رشيـد ورأى الوليّ المصلحـة في الشركـة استدامهـا . قال الأذرعي : وعلى الجـواز لا يجـوز للوليّ أن يشـارك فاسقاً ، لأنه يشترط أن يكون الشريك بحيث يجوز إيـداع مال المحجـور عنده اهـ وهـو كما

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيّ دُونَ الْمُتَقَوِّمِ ، وَقِيلَ تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ،وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ ، ولاَ يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ ، أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ ومُكَسَّرَةٍ

قال بعض المتأخرين : ظاهر فيما إذا كان الشريك هو المتصرّف دون ما إذا كان الوليّ المتصرّف ، ويكره مشاركة الكافر ، ومَن لا يحترز عن الربا ونحوه وإن كان المتصرّف مشاركهما كما نقله ابن الرفعة عن البندنيجي لما في أموالهما من الشبهة ، ولو شارك المكاتب غيره لم يصح كما قاله ابن الرفعة : إن كان هو المأذون له : أي ولم يأذن له السيد لما فيه من التبرّع بعمله ، ويصح إن كان هو الآذن ، فإن أذن له صحّ مطلقاً . ثم شرع في شرط المال وهو الركن الثالث ، فقال : **(وتصح)** الشركة **(في كل مثليّ)** أما النقد الخالص فبالإجماع . وأما المغشوش ففيه وجهان : أصحهما كما في زوائد الروضة جوازه إن استمرّ رواجه . وأما غير النقدين من المثليات كالبرّ والشعير والحديد فعلى الأظهر ؛ لأنه إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييز فأشبه النقدين ، ومن المثليّ تبر الدراهم والدنانير فتصح الشركة فيه فما أطلقه الأكثرون هنا من منع الشركة فيه مبني على أنه متقوّم كما نبه عليه في أصل الروضة ، وسوّى بينه وبين الحليّ والسبائك في ذلك **(دون المتقوّم)** بكسر الواو إذ لا يمكن الخلط في المتقوّمات ؛ لأنها أعيان متميزة ، وحينئذ قد يتلف مال أحدهما أو ينقص فلا يمكن قسمة الآخر بينهما **(وقيل : تختص بالنقد المضروب)** الخالص من الدراهم والدنانير كالقراض .

تنبيه : كلام المصنف يفهم أن غير المضروب يسمى نقداً وليس مراداً **(ويشترط خلط المالين بحيث لا يتميزان)** لما مرّ في آمتناع المتقوّم ، ولا بدّ من كون الخلط قبل العقد ، فإن وقع بعده في المجلس لم يكف على الأصح أو بعد مفارقته لم يكف جزماً إذ لا آشتراك حال العقد فيعاد العقد بعد ذلك **(ولا يكفي الخلط مع)** إمكان التمييز بنحو **(آختلاف جنس)** كدراهم ودنانير **(أو صفة كصحاح ومكسرة)** وحنطة جديدة وحنطة عتيقة ، أو بيضاء وسوداء ، أو بيضاء وحمراء ، لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر ، فإن خلطا حينئذ وتلف نصيب أحدهما تلف عليه فقط وتعذرت الشركة في الباقي .

تنبيه : قضية كلام المصنف أنه لا يشترط تساوي المثلين في القيمة وهو كذلك ، فلو خلطا قفيزاً مقوّماً بمائة بقفيز مقوّم بخمسين صحّ ، وكانت الشركة أثلاثاً بناء على قطع النظر في المثلي عن تساوي الأجزاء في القيمة وإلا فليس هذا القفيز مثلاً لذلك القفيز وإن كان

هٰذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وعَقَدَا، فَإِنْ مَلَكا مُشْتَركاً بِإِرْثٍ وشِرَاءٍ وغَيْرِهِمَا وأَذِنَ كُلٌّ لِلآخَرِ في التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتِ الشَّرِكَةُ، والْحِيلَةُ في الشَّرِكَةِ في الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ في التَّصَرُّفِ، ولاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ

مثلياً في نفسه ، ولو كان كلّ منهما يعرف ماله بعلامة لا يعرفها غيره ، ولا يتمكن من التمييز هل تصحّ الشركة نظراً إلى حال الناس أو لا نظراً إلى حالهما ؟ قال في البحر : يحتمل وجهين اهـ والظاهر عدم الصحة أخذاً من عموم كلام الأصحاب (هذا) أي اشتراط الخلط **(إذا أخرجا مالين وعقدا ، فإن ملكا مشتركاً)** مما تصحّ فيه الشركة أولاً كالعروض كما هو ظاهر إطلاق المصنف ، وإن قيده الشارح بالقسم الأوّل **(بإرث وشراء وغيرهما وأذن كل)** منهما **(للآخر في التجارة فيه تمت الشركة)** ؛ لأن المعنى المقصود بالخلط حاصل **(والحيلة في الشركة في)** باقي **(العروض)** من المتقوّم كالثياب **(أن يبيع كل واحد)** منهما **(بعض عرضه ببعض عرض الآخر)** سواء أتجانس العوضان أم اختلفا أو يبيع كل واحد منهما بعض عرضه لصاحبه بثمن في الذمة ثم يتقاصا **(ويأذن له)** بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع **(في التصرّف)** فيه ، وهذا كما قال الإمام أبلغ في الاشتراك : أي من خلط المالين ؛ لأن ما من جزء هنا إلا وهو مشترك بينهما ، وهناك وإن وجد الخلط فمال كل واحد ممتاز عن مال الآخر ، وحينئذ فيملكانه بالسوية إن بيع نصف بنصف وإن بيع ثلث بثلثين أو ربع بثلاثة أرباع لأجل تفاوتهما في القيمة ملكاه على هذه النسبة أيضاً ، هذا إذا لم يشرطا في التبايع الشركة ، فإن شرطاها فسد البيع كما نقله في الكفاية عن جماعة وأقرّه ، ولا يشترط علمهما بقيمة العوضين.

تنبيه : كان الأولى أن يقول ومن الحيلة ؛ لأن منها ما ذكرته بعد كلامه ، وأن يقول في باقي العروض كما قدّرته في كلامه أو في المنقولات ؛ لأن الشركة في المثليات جائزة بالخلط مع أنها من العروض إذ العرض ما عدا النقد ، وأن يقول : ثم يأذن فإنه يجب تأخير الإذن عن البيع ليقع الإذن بعد الملك والقدرة على التصرّف ، وأن يحذف لفظة كل فإنه لو باع أحدهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر وتقاصا حصل الغرض ، ولعلّ مراده كما قال بعض المتأخرين : كلّ واحد على البدل ، وقال الشارح : كلّ محتاج إليه في الإذن ونسبة البيع إليه بالنظر إلى المشتري بتأويل أنه بائع للثمن **(ولا يشترط)** في الشركة **(تساوي قدر**

الْمَالَيْنِ ، والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ ، وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلاَ ضَرَرٍ فَلاَ يَبِيعُ نَسِيئَةً ولاَ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ ولاَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ ولاَ يُسَافِرُ بِهِ ولاَ يُبْعِضُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ ،

المالين) أي تساويهما في القدر كما في المحرّر وغيره بل تثبت الشركة مع تفاوتهما على نسبة المالين ؛ لأنه لا محذور فيه إذ الربح والخسران على قدر المالين كما سيأتي **(والأصحّ أنه لا يشترط العلم بقدرهما)** أي بقدر كل من المالين أهو النصف أم غيره **(عند العقد)** إذا أمكن معرفته من بعد بمراجعة حساب أو وكيل ؛ لأن الحقّ لا يعدوهما وقد تراضيا ، بخلاف ما لا يمكن معرفته ، والثاني : يشترط ، وإلا يؤدّي إلى جهل كلّ منهما بما أذن فيه وبما أذن له فيه ، ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بين اثنين مال مشترك كل منهما جاهل بقدر حصته فأذن كل منهما للآخر في التصرّف في نصيبه منه يصحّ الإذن في الأصحّ ويكون الثمن بينهما كالمثمن ، ولو جهلا القدر وعلما النسبة بأن وضع أحدهما الدراهم في كفة الميزان ووضع الآخر بإزائها مثلها صحّ جزماً كما قاله الماوردي وغيره ، ولو اشتبه ثوباهما لم يكف للشركة كما في أصل الرّوضة ؛ لأن ثوب كل منهما متميز عن الآخر **(ويتسلط كل منهما على التصرّف)** إذا وجد الإذن من الطرفين **(بلا ضرر)** كالوكيل **(فلا يبيع نسيئة)** للغرر **(ولا بغير نقد البلد ولا)** يبيع ولا يشتري **(بغبن فاحش)** كالوكيل ، فلو خالف في ذلك لم يصحّ تصرّفه في نصيب شريكه ويصحّ في نفسه فتنفسخ الشركة في المشترى أو في المبيع ويصير مشتركاً بين البائع أو المشتري والشريك ، فإن اشترى بالغبن في الذمة آختصّ الشراء به فيزن الثمن من ماله **(ولا يسافر به)** أي المال المشترك لما في السفر من الخطر ، فإن سافر ضمن ، فإن باع صح البيع وإن كان ضامناً . نعم إن عقد الشركة بمفازة لم يضمن بالسفر إلى مقصده ؛ لأن القرينة قاضية له بذلك ، ومثل ذلك كما قاله بعض المتأخرين ما لو جلي أهل بلد لقحط أو عدوّ ولم تمكنه مراجعة الشريك أن له السفر بالمال بل يجب عليه **(ولا يبعضه)** بضمّ الياء المثناة من تحت وسكون الموحدة : أي يدفعه لمَن يعمل فيه متبرّعاً ؛ لأنه لم يرضَ بغير يده فإن فعل ضمن ، هذا كله إن فعله **(بغير إذن)** من شريكه لما مرّ أنها في الحقيقة توكيل وتوكل ، فإن أذن له في شيء مما مرّ ذكره جاز ، نعم لا يستفيد بمجرّد الإذن في السفر ركوب البحر بل لا بدّ من التنصيص عليه كنظيره في القراض ، وسيأتي في الوكالة أنه لو قال الموكل للوكيل : بع بكم شئت أن له البيع بالغبن الفاحش ، ولا يجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد أو قال : بع بما شئت فله البيع بغير نقد البلد ، ولا يجوز بالغبن ولا بالنسيئة ، ولو

وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَى شَاءَ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا ، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا عَزَلْتُكَ أَوْ لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلِ الْعَازِلُ، وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ ، وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا، فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ فَسَدَ الْعَقْدُ

قال : كيف شئت فله البيع بالنسيئة ، ولا يجوز بالغبن ولا بغير نقد البلد ، فيأتي مثل ذلك هنا . ثم بين المصنف رحمه الله تعالى أن عقد الشركة جائز من الطرفين بقوله : **(ولكل)** من الشريكين **(فسخه متى شاء)** كالوكالة **(وينعزلان عن التصرف)** جميعاً **(بفسخهما)** أي بفسخ كل منهما **(فإن)** لم يفسخا ولا أحدهما ، ولكن **(قال أحدهما)** للآخر : **(عزلتك أو لا تتصرّف في نصيبي)** انعزل المخاطب ، و **(لم ينعزل العازل)** ، فيتصرّف في نصيب المعزول ، لأن العازل لم يمنعه أحد بخلاف المخاطب ، فإن أراد المخاطب عزله فليعزله **(وتنفسخ بموت أحدهما وبجنونه وبإغمائه)** ، كالوكالة ولا ينتقل الحكم في الثالثة عن المغمى عليه ؛ لأنه لا يولى عليه ، فإذا أفاق تخير بين القسمة واستئناف الشركة ولو بلفظ التقرير إن كان المال عرضاً ، واستثني في البحر إغماء لا يسقط به فرض الصلاة فلا فسخ به ؛ لأنه خفيف قاله ابن الرفعة ، وظاهر كلامهم خلافه ، وعلى وليّ الوارث غير الرشيد في الأولى والمجنون في الثانية : استئنافها لهما ولو بلفظ التقرير عند الغبطة فيها بخلاف ما إذا انتفت الغبطة فعليه القسمة . أما إذا كان الوارث رشيداً فيتخير بين القسمة واستئناف الشركة إن لم يكن على الميت دين ولا وصية وإلا فليس له ولا لولي غير الرشيد استئنافها إلا بعد قضاء دين أو وصية لغير معين كالفقراء ؛ لأن المال حينئذ كالمرهون ، والشركة في المرهون باطلة ، فإن كانت الوصية لمعين فهو كأحد الوَرَثة فيفصل فيه بين كونه رشيداً أو غير رشيد ، وتنفسخ أيضاً بطروّ الحجر بالسفه والفلس في كل تصرّف لا ينفذ منهما كنظيره في الوكالة ، وتنفسخ بطروّ الاسترقاق والرهن كما بحثه الإسنوي **(والربح والخسران على قدر المالين)** باعتبار القيمة لا الأجزاء شرطا ذلك أو لا **(تساويا)** أي الشريكان **(في العمل أو تفاوتا)** فيه ؛ لأن ذلك ثمرتهما ، فكان على قدرهما كما لو كان بينهما شجرة ، فأثمرت أو شاة فنتجت **(فإن شرطا خلافه)** ، بأن شرط التساوي في الربح والخسران مع التفاضل في المالين ، أو التفاضل في الربح والخسران مع التساوي في المالين **(فسد العقد)** ، لأنه مخالف لموضوع الشركة ، ولو شرطا زيادة في الربح للأكثر منهما عملاً بطل الشرط كما لو شرطا التفاوت في

فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، وتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ، والرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ، ويَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ والخُسْرَانِ والتَّلَفِ فَإِنِ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلَفِ بِهِ، ولَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ المَالُ هُوَ لِي ، وقالَ الآخَرُ مُشْتَرَكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ ، ولَوْ قَالَ اقْتَسَمْنَا وصارَ لِي صُدِّقَ المُنْكِرُ ، ولَو اشْتَرَى وقالَ اشْتَرَيْتُهُ

الخسران (**فيرجع كلّ**) منهما (**على الآخر بأجرة عمله في ماله**) أي : الآخر كالقراض إذا فسد ، وكذا يجب لكلّ منهما ذلك عند فساد الشركة بغير ما ذكر .

تنبيه : يرد على إطلاق المصنف ما لو تساويا في المال وتفاوتا في العمل ، وشرط الأقلّ للأكثر عملاً لم يرجع بالزائد على الأصح ؛ لأنه عمل متبرّعاً ، ولو تساويا في أجرة العمل وقع التقاصّ في الجميع ، إن تساويا في المال أيضاً وفي بعضه إن تفاوتا فيه ، ولو تساويا مالاً لا عملاً وشرط زيادة لمَن عمل منهما أكثر قاصّ صاحبه بربع أجرة عمله ورجع عليه بما زاد وهو ربعها ، ولو شرطت الزيادة لواحد منهما إن زاد عمله فزاد عمل الآخر لم يستحق شيئاً يرجع به على الأوّل وإن تفاوتا في المال لتبرّعه بما زاد من عمله (**وتنفذ التصرّفات**) منهما لوجود الإذن (**والربح**) بينهما (**على قدر المالين**) ؛ لأنه مستفاد منهما ، وقد أبطلنا الشركة فرجع إلى الأصل (**ويد الشريك يد أمانة**) كالمودع والوكيل (**فيقبل قوله في الردّ**) أي في ردّ نصيب الشريك . أما لو ادّعى ردّ الكل وأراد طلب نصيبه فلا يكون القول قوله في طلبه (**و**) في (**الخسران و**) في (**التلف**) إن ادّعاه بلا سبب أو بسبب خفي كالسرقة (**فإن ادّعاه**) أي التلف (**بسبب ظاهر**) كحريق وجهل (**طولب ببينة بالسبب ثم**) بعد إقامتها (**يصدّق في التلف به**) بيمينه ، فإن عرف الحريق دون عمومه صدّق بيمينه أو وعمومه صدق بلا يمين ، والمصنف ذكر هذه المسألة مبسوطة في آخر باب الوديعة (**ولو قال مَن في يده المال**) من الشريكين (**هو لي ، وقال الآخر**) : هو (**مشترك أو**) قالا (**بالعكس**) أي قال : مَن في يده المال ؛ هو مشترك وقال الآخر : هو لي (**صدق صاحب اليد**) بيمينه ، لأنها تدل على الملك ، وقد آدّعى صاحبها جميع المال في المسألة الأولى ونصفه في الثانية (**ولو قال**) صاحبه : (**اقتسمنا وصار**) ما في يدي (**لي**) وقال الآخر : لا بل هو مشترك (**صدق المنكر**) بيمينه ؛ لأن الأصل عدم القسمة ، وإن ادّعى كل منهما أنه ملك هذا الرقيق مثلاً بالقسمة وحلفا أو نكلا جعل مشتركاً ، وإلا فللحالف (**ولو اشترى**) أحدهما (**شيئاً وقال**) : **اشتريته**

لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وكَذَّبهُ الآخَرُ صُدِّقَ المُشْتَرِي .

للشركة أو لنفسي وكذبه الآخر) بأن عكس ما قاله **(صدّق المشتري)** ؛ لأنه أعرف بقصده وسواء ادّعى أنه صرّح بالشركة أو نواها ، والغالب أن الأوّل يقع عند ظهور الخسران والثاني عند ظهور الربح .

تتمة : لو اشترى شيئاً فظهر كونه معيباً فآدعى أنه كان آشتراه للشركة ليرد حصته لم يقبل قوله على البائع ؛ لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فليس له تفريق الصفقة عليه قاله المتولي والعمراني .

خاتمة : لو أخذ شخص جملاً لرجل مثلاً وراوية لآخر ليسقي الماء باتفاقهم . والحاصل بينهم لم يصح عقد الشركة ؛ لأنها منافع أشياء متميزة ، والماء الحاصل بالاستقاء للمستقي إن كان ملكه أو مباحاً وقصده لنفسه أو أطلق وعليه لكلّ من صاحبيه أجرة مثل ماله ، فإن قصد الشركة بالاستقاء في المباح فهو بينهم لجواز النيابة في تملك المباحات وقسم بينهم على قدر أجرة أمثالهم لحصوله بمنافع مختلفة بلا ترجيح بينهم ، ولو اشترك مالك أرض ومالك بذر ومالك آلة حرث مع رابع يعمل على أن الغلة بينهم لم يصح ذلك شركة لعدم اختلاط المالين ولا إجارة لعدم تقدير المدّة والأجرة ، ولا قراضاً إذ ليس لواحد منهم رأس مال يرجع إليه فيتعين حينئذ أن يكون الزرع لمالك البذر ولهم عليه أجرة المثل إن حصل من الزرع شيء وإلا فلا أجرة لهم . فإن قيل : العامل في القراض الفاسد يستحق الأجرة مطلقاً حصل ربح أو لا ، والمعنى الذي هنا موجود ثم . أجيب بأن ذلك وجد فيه صورة القراض ، وما هنا لم يوجد فيه ذلك ، ولا صورة شركة ولا إجارة بل أقرب الأشياء به الجعالة الفاسدة ، والعامل فيها إنما يستحق أجرة المثل إذا وجد فيها الغرض ، ولو قال شخص لآخر : سمن هذه الشاة مثلاً ولك نصفها أو هاتين على أن لك إحداهما لم يصح ذلك وآستحق أجرة المثل للنصف الذي سمنه للمالك ، وهذه المسألة مما عمت بها البلوى في قرى مصر في الفراريج يدفع كاشف الناحية أو ملتزم البلد إلى بعض البيوت المائة أو الأكثر أو الأقلّ ، ويقول : ربوها ولكم نصفها فيجب على وليّ الأمر ومَن له قدرة على منع ذلك أن يمنع مَن يفعل هذا ، فإن فيه ضرراً عظيماً .

كِتَابُ ٱلْوِكَالَةِ

كِتَابُ ٱلْوَكَالَةِ

هي بفتح الواو وكسرها لغة : التفويض ، يقال : وكل أمره إلى فلان : فوّضه إليه وآكتفى به ، ومنه توكلت على الله . وشرعاً :تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته(١) .

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى : ﴿فَٱبْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ . وأما قوله تعالى : ﴿فَٱبْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ﴾ [الكهف : ١٩] وقوله : ﴿ٱذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَٰذَا﴾ [يوسف : ٩٣] فهذا شرع من قبلنا ، والصحيح أنه ليس بشرع لنا وإن ورد في شرعنا ما يقرّره ، ومن السنة أحاديث كثيرة : منها خبر الصحيحين «أَنَّهُ ﷺ بَعَثَ السُّعَاةَ لِأَخْذِ الزَّكَاةِ» . ومنها «تَوْكِيلُهُ ﷺ عَمْرُو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمَرِي فِي نِكَاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ» . ومنها «تَوْكِيلُهُ أَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ»(٢) . ومنها «تَوكِيلُهُ عُرْوَةَ البَارِقِيَّ فِي شِرَاءِ الشَّاةِ» وانعقد الإجماع على جوازها ، ولأن الحاجة داعية إليها ، فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها ، بل قال القاضي حسين وغيره : إن قبولها مندوب إليه لقوله تعالى :

---

(١) الوكالة لغة : الوكالة ، بفتح الواو وكسرها : التفويض : يقال : وكله ، أي : فوض إليه ، ووكلت أمري إلى فلان ، أي : فوضت إليه ، واكتفيت به ، وتقع الوكالة أيضاً على الحفظ ، وهو : اسم مصدر بمعنى التوكيل .

انظر : المصباح المنير : ٢/٦٧٠ ، الصحاح : ٥/١٨٤٥ ، المغرب : ٢/٣٦٨ ، المطلع : ٢٥٨ ، تهذيب الأسماء واللغات : ٢/١٩٥ .

واصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

عرّفها المالكية بأنها : نيابة في حق غير مشروطة بموته ولا إمارة .

عرّفها الحنابلة بأنها : استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة .

انظر : بدائع الصنائع : ٧/٣٤٤٥ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٥٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٥٠٩ ، الشرح الصغير للدردير : ٣/٢٢٩ ، شرح منتهى الإرادات : ٢/٢٩٩ ـ ٣٠٠ .

(٢) ذكره البيهقي في خلافياته انظر التلخيص ٢/٥٠ .

شَرْطُ الْمُوَكِّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلَايَةٍ ، فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرِمِ فِي النِّكَاحِ ، وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ ،

﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَى﴾ [المائدة : ٢] ولخبر «وَاللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ» . وأركانها أربعة : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ، وصيغة . وقد شرع في شرط الركن الأوّل . فقال : (شرط الموكل صحة مباشرته ما وكل) بفتح الواو (فيه) وهو التصرّف المأذون فيه (بملك) كتوكيل نافذ التصرّف في ماله (أو ولاية) كتوكيل الأب أو الجدّ في مال موليه (فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون) ولا مغمى عليه ولا نائم في التصرّفات ولا فاسق في نكاح ابنته ، إذ لا تصح مباشرتهم لذلك ، فإذا لم يقدر الأصل على تعاطي الشيء فنائبه أولى أن لا يقدر ، واحترز بالملك والولاية عن الوكيل فإنه لا يوكل عند الإطلاق على تفصيل يأتي فإنه ليس بمالك ولا وليّ (ولا) يصح توكيل (المرأة) أجنبياً (و) لا (المحرم) بضمّ الميم حلالاً (في النكاح) أما المرأة فإنها لا تزوّج نفسها فلا توكل فيه . أما لو أذنت للوليّ بصيغة الوكالة فإنه يصح كما نقله في البيان عن النص وصوّبه في الروضة .وأما المحرم فللنهي عنه في صحيح مسلم ، وصورة توكيله أن يوكل ليعقد له أو لموليه حال الإحرام ، فإن وكله ليعقد له بعد التحلل أو أطلق صح ، لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن كما سيأتي ذلك في النكاح وطرده القاضي فيما لو وكله ليشتري له هذا الخمر بعد تخلله ، وكذا لو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج على الأصح ؛ لأنه سفير محض وإن كان إطلاق المصنف يقتضي المنع في المسائل الثلاث وآختاره السبكي (ويصح توكيل الوليّ) وهو الأب والجدّ (في حق الطفل) في النّكاح والمال والوصيّ والقيم في المال ، فيوكل الوليّ عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً ، وفائدة كونه وكيلاً عن الطفل أنه لو بلغ رشيداً لم ينعزل الوكيل بخلاف ما إذا كان وكيلاً عن الوليّ : وكالطفل المجنون والمعتوه والسفيه والمحجور عليه ونحوهم ، ولو حذف المصنف الطفل لكان أولى ليشمل هؤلاء . قال الأذرعي : وما ذكر هنا في توكيل الوصيّ هو الصحيح ، وقضية كلام الشيخين في الوصايا أنه لا يوكل ولا يصح توكيله : أي فيما يتولى مثله ، فعليه يمكن حمل ما هنا على ذلك ، لكن الظاهر كما قال شيخنا الإطلاق ، ويصح توكيل السفيه والمفلس والعبد فيما يستقلون به من التصرّفات ، ولا يصح فيما لا يستقلون به إلا بعد إذن الوليّ والغريم والسيد ، ويصح توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم . قال في الخادم : وإن كان الوكيل لا يجوز له أخذها كما صرح به القفال

وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ ، وَشَرْطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ ، لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ

في فتاويه (ويستثنى) من هذا الضابط المذكور طرداً وعكساً صور . فمن صور الثاني ، وهو من لا تصحّ منه المباشرة لا يصح منه التوكيل (توكيل الأعمى في البيع والشراء) ونحوهما مما يتوقف على الرؤية كالإجارة والأخذ بالشفعة (فيصح) وإن لم يقدر على مباشرته للضرورة والمستحق لقطع طرف أو لحدّ قذف ، فيصح أن يوكل في استيفائه مع أنه يمتنع عليه استيفاؤه ، وما لو وكل المشتري بإذن البائع من يقبض الثمن منه للبائع مع أنه يمتنع قبضه من نفسه ، وما لو وكلت امرأة رجلاً بإذن الوليّ لا عنها بل عنه أو مطلقاً في نكاح موليته فيصح ، فإن كانت الموكلة هي المولية فكذلك في أحد وجهين ، رجحه ابن الصباغ والمتولي ، وما لو وكلت مالكة الأم وليها في تزويج الأمة فإنه يصح وإن لم تملك هي تزويجها ، ومن الأوّل ، وهو أن كل مَن صحت منه المباشرة بالملك والولاية صح منه التوكيل : الوليّ غير المجبر إذا أذنت له موليته في النكاح ونهته عن التوكيل فإنه لا يوكل ، وما إذا جوّزنا لصاحب الدين أن يكسر الباب ويأخذ ما يجده فإنه لا يجوز له التوكيل فيه كما صرح به جماعة ، ويحتمل جوازه عند عجزه ، وما إذا طلق إحدى زوجتيه أو أعتق إحدى رقيقيه أو أسلم على أكثر من أربع لا يوكل في التعيين ولا في الاختيار ، إلا إذا عين للوكيل المعين أو المختار ، فهو كالتوكيل في الرجعة ، والأصح فيها الصحة كما سيأتي فيصح ، وما لو استحق المسلم قصاصاً من مسلم لا يوكل في استيفائه كافراً ، والسفيه المأذون له في النكاح ليس له التوكيل فيه ، فإن حجره لم يرتفع إلا عن مباشرته ، والوكيل لا يستقل بالتوكيل فيما يقدر عليه ، والتوكيل في الإقرار ممتنع على الصحيح ، وفي ردّ المغصوب والمسروق مع قدرته على الرد بنفسه لا يجوز كما قاله الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، وليس للمسلم أن يوكل كافراً في نكاح مسلمة . ثم شرع في شرط الرّكن الثاني : وهو الوكيل ، فقال : (وشرط الوكيل صحة مباشرته التصرّف) المأذون فيه (لنفسه) وإلا فلا يصح توكله ، لأن تصرّف الشخص لنفسه أقوى من تصرّفه لغيره ، فإن تصرّفه له بطريق الأصالة ، ولغيره بطريق النيابة ، فإذا لم يقدر على الأقوى لا يقدر على الأضعف بطريق الأولى ، فلا يصح توكيل مغمى عليه ، و (لا صبيّ و) لا (مجنون) ولا نائم ولا معتوه لسلب ولايتهم (وكذا المرأة والمحرم) بضمّ الميم (في) عقد (النكاح) إيجاباً وقبولاً لسلب عبارتهما فيه ، ولا يصح توكيل المرأة في الرجعة ولا في الاختيار للنكاح إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة

لَكِنِ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ في الإِذْنِ في دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ ، وَالأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ في قَبُولِ نِكاحٍ وَمَنْعُهُ في الإِيجَابِ ،

ولا في الاختيار للفراق إذا عين للمرأة مَن يختارها أو يفارقها ، وإذا لم يعين فقد تقدّم أنه لا يصح من الرجل أيضاً والخنثى كالمرأة كما قاله ابن المسلم في أحكام الخناثى ، وذكره في شرح المهذب تفقهاً . قال ولو بان ذكراً فعلى الخلاف فيما لو باع مال مورثه ظاناً حياته فبان ميتاً (**لكن الصحيح آعتماد قول صبيّ**) مميز مأمون (**في الإذن في دخول دار وإيصال هدية**) لتسامح السلف ، في مثل ذلك ، وهو توكيل من جهة الآذن والمهدي ، والثاني : لا كغيره إذا لم يحتفّ بخبره قرينة ، فإن احتفت به وأفادت العلم جاز الاعتماد على خبره جزماً ، وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا بخبره . قال الماوردي والرّوياني : ويعتمد قوله في إخباره بطلب صاحب الوليمة ، والكافر والفاسق كالصبيّ في ذلك ، بل قال المصنف في شرح مسلم : لا أعلم في جواز اعتمادهما خلافاً .

تنبيه : محل عدم صحة توكيل الصبيّ فيما لا تصح منه مباشرته ، فيصح توكيل الصبيّ المميز في حج تطوّع وفي ذبح أضحية وتفرقة زكاة لصحة مباشرته لذلك (**والأصح صحة توكيل عبد في قبول نكاح**) ؛ ولو بغير إذن سيده ، إذ لا ضرر على السيد فيه (**ومنعه في الإيجاب**) ، ولو بإذن سيده لأنه إذا لم يزوّج بنت نفسه فبنت غيره أولى . والثاني : صحته فيهما . والثالث : منعه فيهما . وآعلم أن اعتماد قول الصبيّ في الإذن في الدخول وإيصال الهدية وتوكيل العبد في قبول النكاح بغير إذن سيده مستثنى من عكس الضابط ، وهو مَن لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكيله ، وقد أشار المصنف إلى استثنائها بقوله : لكن على وجه الاستدراك ، ويستثنى معها مسائل أيضاً : منها توكيل الشخص في نكاح أخت زوجته وكذا من تحته أربع في نكاح امرأة ، ومنها توكيله في نكاح محرمه كأخته ، ومنها توكيل الموسر في قبول نكاح أمة ، ومنها توكيل السفيه في قبول النكاح بغير إذن وليه فإنه يجوز ، ومنها توكيل المسلم كافراً في شراء مسلم ، ومنها توكيل المرأة في طلاق غيرها ، ومنها المرتدّ يجوز أن يكون وكيلاً لغيره وإن لم يجز تصرّفه في ماله ، واستثنى المتولي ما إذا حجر عليه وأقرّاه . وأما توكيله لغيره في التصرّفات المالية فموقوف على الأظهر عندهما ، وكذا انقطاع التوكيل ، إذا وكل ثم ارتدّ ، وهذا كما في المهمات إنما يستقيم الوقف هنا على القديم القائل بوقف العقود ، وجزم في المطلب بأن ردّة الموكل عزل

وَشَرْطُ الموَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ المُوَكِّلُ : فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا

دون ردة الوكيل ، وليس بظاهر ، بل الظاهر أنه ليس بعزل بناء على عدم زوال ملكه ، ومنها توكيل المسلم كافراً في طلاق المسلمة ، وقد يتصوّر وقوع طلاق كافر على مسلمة ، بأن تسلم أوّلاً ويتخلف ثم يطلقها في العدّة ثم يسلم قبل انقضائها فإن طلاقه واقع عليها .

تنبيه : يشترط في الوكيل أيضاً تعيينه ، فلو قال لاثنين : وكلت أحدكما في بيع داري مثلاً ، أو قال : أذنت لكل مَن أراد أن يبيع داري ، أن يبيعها لم يصح . نعم لو قال : وكلتك في بيع كذا مثلاً وكل مسلم صح كما بحثه شيخنا . قال : وعليه العمل ، ويشترط في وكيل القاضي : أن يكون عدلاً ، وفي وكيل الوليّ في بيع مال المولي عدم الفسق ، ويصح توكيل السكران بمحرّم كسائر تصرّفاته ، بخلاف السكران بمباح كدواء ، فإنه كالمجنون ، ويصح توكيل المفلس ، ولو لزمته عهدة فيما وكل فيه كما يصح شراؤه .

مهمة : هل المراد في شرط الوكيل صحة مباشرته التصرّف لنفسه في جنس ما وكل فيه في الجملة أو في عينه ؟ خلاف ، والأصح أن المراد صحة مباشرته لذلك الجنس وإن امتنع عليه التصرّف لنفسه في بعض أفراده فيسقط استثناء كثير من المسائل السابقة ، ولذلك قال الزركشي : لا حاجة لاستثناء الأعمى من الضابط المتقدّم ، فإن الأعمى يصح بيعه في الجملة وهو السلم ، ويصح شراؤه نفسه فهو مالك لمطلق البيع والشراء ، وإنما امتنع في الكلّ لأمر خارج ، ألا ترى أن البصير لو ورث عيناً غائبة ، فوكل في بيعها جاز وإن لم يصح منه البيع . ثم شرع في شروط الركن الثالث ، وهو الموكل فيه ، وله ثلاثة شروط بدأ بالشرط الأوّل منها ، فقال : (**وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل**) حين التوكيل ، لأنه إذا لم يملكه كيف يأذن فيه ؟ .

تنبيه : قال الأذرعي : هذا فيمن يوكل في مال نفسه ، وإلا فالوليّ والحاكم وكل مَن جوّزنا له التوكيل في مال الغير لا يملكون الموكل فيه ، فكان ينبغي أن يقول الموكل أو الموكل عنه . قال الغزي : وهو عجيب ؛ لأن المراد التصرف الموكل فيه لا محل التصرف . قال بعض المتأخرين : بل ما قاله هو العجيب ، بل المراد محل التصرّف بلا شك بدليل ما سيأتي ، وأما الكلام على التصرّف الموكل فيه ، فقد مرّ أوّل الباب (**فلو وكل ببيع**) أو إعتاق (**عبد سيملكه وطلاق مَن سينكحها**) وتزويج بنته إذا انقضت عدّتها أو

بَـطَلَ في الأَصَحِّ ، وَأَنْ يَكُـونَ قَابِـلاً لِلنِّيَابَةِ ، فَلاَ يَصِحُّ في عِبَادَةٍ إلاَّ الحَجَّ ، وَتَفْرِقَةَ زَكَـاةٍ ، وَذَبْحَ أُضْحِيَـةٍ ، وَلاَ في شَهَادَةٍ

طلقهـا زوجها ، وقضـاء دين سيلزمه (بـطل) أي لم يصح (في الأصـح) ؛ لأنه إذا لم يبـاشر ذلك بنفسه حال التوكيل ، فكيف يستنيب غيره ؟. والثـاني : يصح ويكتفى بحصـول الملك عند التصرّف .

تنبيـه : صورة مسألة الكتاب أن يفـرد ما لا يملكـه كما يشعـر به تعبيـره ، فإن جعله تبعاً لحاضر كبيع مملوك ، ومـا سيملكه ففيـه آحتمالان للرّافعي ، والمنقـول عن الشيخ أبي حامد وغيره الصحة كما لو وقف على ولده الموجـود ، وما سيحـدث له من الأولاد ولـو وكله ببيع عين يملكها ، وأن يشتري له بثمنها كذا فأشهر القولين صحة التوكيل بـالشراء كمـا ذكره صاحب المطلب ، وقياس ذلك صحة توكيله بطلاق مَن سينكحها تبعاً لمنكوحتـه ، ونقل ابن الصلاح عن الأصحاب ، أنه يصح التوكيل ببيع ثمرة شجرة قبل إثمارها ، ويوجه بـأنه مـالك لأصلها ، وأفتى بأنه إذا وكله في المطالبة بحقوقه دخل فيـه ما يتجـدّد من هذه الحقـوق (و) الشرط الثاني : (أن يكون قابلاً للنيابة) ؛ لأن الوكالة إنابة فما لا يقبلها كـاستيفاء حقّ القسم بين الزوجات لا يقبل التوكيـل (فلا يصـح في عبادة) ؛ لأن المقصـود منها الابتـلاء والاختبار بإتعاب النفس ، وذلك لا يحصل بـالتوكيـل (إلا الحج) والعمـرة عند العجـز (وتفرقـة زكاة) وكفارة ونذر وصدقة (وذبح) هدي وجبران وعقيقة و (أضحيـة) وشاة وليمـة ونحوهـا لأدلة في بعض ذلك ، والباقي في معنـاه ، ويستثنى من ذلك أيضـاً الرمي بمنى وركعتـا الطواف تبعـاً للحج والعمرة ، فلو أفردهما بالتوكيـل لم يصح وصبّ المـاء على أعضاء المتـطهر والمتيمم عند العجز ، وفي استثناء هاتين الصورتين نظر ؛ لأن المتوضىء والمتيمم حقيقة هـو العاجـز وصوم الوليّ عن الميت كما مرّ في بابه ، واعتذر الزركشي عن استثناء العتق والكتابة والوقف التي استثناها القاضي أبو الطيب بأن نية العبادة غير معتبرة فيهـا . قال الـروياني : ولا يجـوز التوكيل في غسل الميت ؛ لأنه من فروض الكفايات . والأوجه كما قال الأذرعي : الجواز ؛ لأنه يجوز الاستئجار عليه ، وخرج بالعبـادة التوكيـل في إزالة النجـاسة ، فيصـح ؛ لأنها من باب التروك ، ولذلك لا يشترط فيها النية على الأصح (ولا) يصح (في شهادة) ؛ لأنا احتطنـا فيها ولم يقم غير لفظها مقامها فألحقت بالعبـادة ؛ ولأن الحكم منوط بعلم الشـاهد وهـو غير حاصل للوكيل . فإن قيل : الشهادة على الشهادة باسترعاء ونحوه جائزة كما سيأتي فهلا كان هنا كذلك ؟ أجيب بأن ذلك ليس بتوكيل كما صرّح به القـاضي أبو الـطيب وابن الصباغ بـل

وَإِيلاَءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الأَيْمَانِ ، وَلاَ في الظِّهَارِ في الأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ في طَرَفَيْ بَيْعٍ ، وَهِبَةٍ ، وَسَلَمٍ ، وَرَهْنٍ ، وَنِكَاحٍ ، وَطَلاَقٍ ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ ، وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا

شهادة على شهادة ؛ لأن الحاجة جعلت شهادة المتحمل عنه بمنزلة الحاكم المؤدّى عنه عند حاكم آخر **(و)** لا في **(إيلاء)** ؛ لأنه حلف بالله تعالى واليمين لا تدخلها النيابة **(و)** لا في **(لعان)** ؛ لأنه يمين أو شهادة ، والنيابة لا تصح في واحد منهما **(و)** لا في **(سائر)** أي باقي **(الأيمان)** ؛ لأنها تشبه العبادة لتعلقها بتعظيم الله تعالى ، ولا في النذر وتعليق الطلاق والعتاق إلحاقاً لها باليمين **(ولا في الظهار في الأصح)** ؛ لأن المغلب فيه معنى اليمين لتعلقه بألفاظ وخصائص كاليمين . والثاني : يلحقه بالطلاق ، وعليه قال في المطلب : ولعلّ صورته أن يقول أنت على موكلي كظهر أمه ، أو جعلت موكلي مظاهراً منك ، ولا في المعاصي كالقذف والسرقة والقتل ؛ لأن حكمها يختص بمرتكبها ؛ لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها . فإن قيل : كيف يجري الخلاف في الظهار مع كونه معصية ؟. أجيب بأنه ليس المقصود نفس المعصية بل ترتب الكفارة وتحريم الوطء قهراً كالتوكيل في الطلاق البدعي ، ولذلك يصح التوكيل فيما يحرم ويوصف بالصحة كبيع حاضر لباد ، والبيع وقت النداء ولا في ملازمة مجلس الخيار فينفسخ العقد بمفارقة الموكل ؛ لأن التعبد في العقد منوط بملازمة العاقد **(ويصح)** التوكيل **(في طرفي بيع وهبة وسلم ورهن ونكاح وطلاق)** منجز **(وسائر العقود)** كالضمان والصلح والإبراء والشركة والحوالة والوكالة والإجارة والقراض والمساقاة والأخذ بالشفعة . أما النكاح والشراء فبالنص . وأما الباقي فبالقياس **(والفسوخ)** المتراخية كالإيداع والوقف والوصية والجعالة والضمان والشركة والفسخ بخيار المجلس والشرط ، ويستثنى من التوكيل في الفسوخ التوكيل في فسخ نكاح الزوائد على أربع فإنه لا يجوز كما مرّ . أما الفسخ الذي على الفور فينظر فيه إن حصل عذر لا يعدّ به مقصراً بالتوكيل فكذلك وإلا فلا يصح التوكيل فيه للتقصير . قال في المطلب : وصيغة الضمان والحوالة والوصية بالوكالة جعلت موكلي ضامناً لك كذا ، أو أحلتك بما لك على موكلي من كذا بنظيره مما له على فلان ، أو موصياً لك بكذا **(و)** في **(قبض الديون وإقباضها)** لعموم الحاجة إلى ذلك . أما الأعيان ، فتارة يصح التوكيل في قبضها وإقباضها كالزكاة ، فللأصناف أن يوكلوا في قبضها لهم ، وللمالك أن يوكل في دفعها لهم ، وتارة يصح التوكيل في قبضها دون إقباضها مع القدرة على ردّها كالوديعة ؛ لأنه ليس له دفعها لغير

وَالدَّعْوَى وَالجَوَابِ ، وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ المُبَاحَاتِ كَالإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ وَالِاحْتِطَابِ فِي الأَظْهَرِ ، لَا فِي الإِقْرَارِ فِي الأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ،

مالكها ؛ فلو سلمها لوكيله بغير إذن مالكها كان مفرّطاً ، لكنها إذا وصلت إلى مالكها خرج الموكل عن عهدتها . قال الإسنوي : وعن الجوجري ما يقتضي استثناء العيال كالابن وغيره اهـ ، وهو حسن للعرف في ذلك وإذا كان في المفهوم تفصيل لا يرد .

تنبيه : إطلاق المصنف الديون يشمل المؤجل . قال الزركشي : وقد يتوقف في صحة التوكيل فيه ؛ لأن الموكل لا يتمكن من المطالبة به ، ولا شكّ في الصحة لو جعلناه تابعاً للحال (و) في (**الدعوى والجواب**) للحاجة إلى ذلك ، وإن لم يرضَ الخصم ؛ لأنه محض حقه ، وسواء كان ذلك في مال أم في غيره إلا في حدود الله تعالى كما سيأتي (**وكذا**) يصح التوكيل (**في تلك المباحات كالإحياء والاصطياد والاحتطاب في الأظهر**) ؛ لأنها أحد أسباب الملك فأشبه الشراء ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل به . والثاني : المنع والملك فيها للوكيل ؛ لأن سبب الملك وهو وضع اليد قد وجد منه فلا ينصرف عنه بالنية .

تنبيه : هذا الخلاف مخرج ، فتارة يعبر عنه بالقولين كما هنا . وتارة بالوجهين كما في أصل الروضة ، ولا يصح التوكيل في الالتقاط كما في الاغتنام ، فلو وكل فيه فالتقطه كان له دون الموكل تغليباً لشائبة الولاية لا لشائبة الاكتساب و (**لا**) يصح (**في الإقرار في الأصح**) بأن يقول : وكلتك لتقرّ عني لفلان بكذا فيقول الوكيل : أقررت عنه بكذا ، أو جعلته مقرّاً بكذا ؛ لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة . والثاني : يصح ، لأنه قول يثبت به الحقّ فأشبه الشراء ، وعلى الأوّل يكون الموكل مقرًّا لإشعار ذلك بثبوت ذلك الحقّ عليه ، وقيل ليس بإقرار كما أن التوكيل بالإبراء ليس بإبراء ، ومحل الخلاف إذا قال : وكلتك لتقرّ عني لفلان بكذا كما مثلته ، فلو قال أقرّ عني لفلان بألف له عليّ كان إقراراً قطعاً ، ولو قال : أقرّ له عليّ بألف لم يكن إقراراً قطعاً صرح به صاحب التعجيز (**ويصح**) التوكيل (**في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحدّ قذف**) كسائر الحقوق ، بل قد يجب التوكيل في حدّ القذف ، وكذا في قطع الطرف كما ذكره المصنف في موضعه .

تنبيه : قد يفهم كلامه المنع في حدود الله تعالى وليس مراداً ، بل يجوز للإمام لما

وَقِيلَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ ، وَلْيَكُنِ المُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُوماً مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، فَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي أَوْ فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَالَ فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي صَحَّ ،

في الصحيحين من قوله ﷺ في قصة ماعز . «اذْهَبُوا بِهِ فَارْجُمُوهُ» وفي غيرها «وَاغْدُ يَا أُنَيسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا» وكذا من السيد في حدّ رقيقه ، وإنما يمتنع إثباتها لبنائها على الدرء . نعم قد يقع إثباتها بالوكالة تبعاً بأن يقذف شخص آخر فيطالبه بحدّ القذف ، فله أن يدرأ عن نفسه بإثبات زناه بالوكالة أو بدونها ، فإذا ثبت أقيم عليه الحدّ ، ومحل صحة التوكيل فيما ذكره المصنف إذا وكله بعد الثبوت ، فإن وكله قبله ففيه وجهان حكاهما الماوردي ، والظاهر منهما عدم الصحة **(وقيل لا يجوز)** استيفاؤها **(إلا بحضرة الموكل)** لاحتمال العفو بالغيبة فلا يمكن تداركه بخلاف غيره ، وردّ بأن احتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا ثبت ببينة فإنه لا يمتنع الاستيفاء في غيبتهم .

تنبيه : المحكي بقيل قول من طريقة ، والثانية : القطع به ، والثالثة : القطع بمقابله . والثالث : من الشروط العلم بما يجوز فيه التوكيل بوجه مّا ، وقد أشار إلى ذلك بقوله **(وليكن الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه)** حيث يقل معه الغرر **(ولا يشترط علمه من كل وجه)** ؛ لأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضي المسامحة فيه فيكفي أن يكون معلوماً من وجه يقلّ معه الغرر للوكيل ، بخلاف ما إذا كثر **(فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير)** لي أو من أموري **(أو في كل أموري ، أو فوّضت إليك كل شيء)** أو أنت وكيلي فتصرّف كيف شئت ، أو نحو ذلك **(لم يصح)** التوكيل لكثرة الغرر فيه .

تنبيه : قضية كلامهم عدم الصحة في ذلك وإن كان تابعاً لمعين وهو كذلك ، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين ، إذ يدخل في هذا أمور لو عرض تفصيلها على الموكل كطلاق زوجاته ، وعتق أرقائه ، والتصدّق بجميع ماله لاستنكره ، وقد منع الشارع بيع الغرر وهو أخف خطراً من هذا ، وقد علم بذلك الفرق بين هذا وبين ما مرّ فيما يصح تبعاً **(وإن قال)** وكلتك **(في بيع أموالي)** وقبض ديوني واستيفائها **(وعتق أرقائي)** وردّ ودائعي ومخاصمة خصمائي ونحو ذلك **(صح)** وإن جهل الأموال والديون ومَن هي عليه ، والأرقاء والودائع ومَن هي عنده ، والخصوم وما فيه الخصومة ؛ لأن الغرر فيه قليل ، بخلاف ما لو قال بع بعض مالي أو طائفة أو سهماً منه ، أو بع هذا أو هذا فإنه لا يصح لكثرة الغرر ، ولو قال :

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ، أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ المَحِلَّةِ وَالسِّكَّةِ، لَا قَدْرِ الثَّمَنِ فِي الأَصَحِّ ،

بع أو هب من مالي ، أو اقض من ديوني ما شئت أو أعتق ، أو بع من عبيدي مَن شئت ، صحّ في البعض لا في الجميع فلا يأتي الوكيل بالجميع ؛ لأن من للتبعيض . فإن قيل : لو قال للوكيل : طلق من نسائي مَن شاءت فله أن يطلق كل مَن شاءت الطلاق ، فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن المشيئة في هذه مستندة إلى كل منهنّ فلا تصدق مشيئة واحدة بمشيئة غيرها ، فكان ذلك في معنى أيّ امرأة شاءت منهنّ الطلاق طلقها بخلافها فيما مرّ فإنها مستندة إلى الوكيل فصدقت مشيئته فيما لا يستوعب الجميع فلا يتمكن من مشيئته فيما يستوعبه احتياطاً ، ولو قال تزوّج لي مَن شئت صحّ ، كما لو قال : بع من مالي ما شئت ، ولو قال : أبرىء فلاناً عما شئت من مالي صحّ وليبق منه شيئاً ، أو عن الجميع ، فأبرأه عنه أو عن بعضه صحّ ، أو أبرئه عن شيء منه أبرأه عن أقلّ ما يطلق عليه الاسم كما قاله المتولي ، ويكفي في صحة الوكالة بالإبراء علم الموكل بقدر الدين وإن جهله الوكيل والمديون **(وإن وكله في شراء عبد وجب بيان نوعه)** كتركي أو هندي ، ولا يكفي ذكر الجنس كعبد لاختلاف الأغراض بذلك وإن تباينت أصناف نوع وجب بيان الصنف كخطابي وقفجاقي ، ولا يشترط آستيفاء أوصاف السلم ولا ما يقرب منها آتفاقاً ، وإن وكله في شراء رقيق وجب مع بيان النوع ذكر الذكورة والأنوثة تقليلاً للغرر فإن الأغراض تختلف بذلك ، ولو قال : اشترِ لي عبداً كما تشاء لم يصح لكثرة الغرر **(أو)** في **(دار وجب بيان المحلة)** أي الحارة **(والسكة)** بكسر السين : أي الزقاق ، والعلم بالبلد ونحوها من ضرورة ذلك ، وفي شراء الحانوت يبين السوق ليقل الغرر ، وقس على ذلك ، هذا كله إذا لم يكن للتجارة وإلا فلا يجب فيه ذكر نوع ولا غيره ، بل يكفي اشترِ ما شئت من العروض أو ما فيه حظ كما صرّح به الماوردي والمتولي واقتضاه كلام الرافعي ، ولو وكله أن يزوّجه آمرأة ولم يعينها لم يصح التوكيل صرّح به في الروضة في باب النكاح كما في الوكالة بشراء عبد لم يصفه ، بخلاف ما لو قال : زوّجني مَن شئت فإنه يصح كما صرّح به في الروضة في هذا الباب بخلاف الأوّل فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراده ظاهرة بخلاف المطلق لا دلالة له على فرد ، فلا تناقض في عبارته كما آدّعاه بعضهم و**(لا)** يجب بيان **(قدر الثمن في الأصح)** فيما ذكر ؛ لأن غرضه قد يتعلق بواحد من ذلك النوع نفيساً كان أو خسيساً . وقال في التهذيب : يكون إذناً في أعلى ما يكون منه . والثاني : يجب بيان قدره كمائة أو غايته كأن يقول : من

وَيُشْتَرَطُ مِنَ المُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا أَوْ فَوَّضْتُهُ إِلَيْكَ أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ ، فَلَوْ قَالَ بِعْ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الإِذْنُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظاً ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ ، دُونَ صِيغِ الأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ ، وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ فِي الأَصَحِّ ،

مائة إلى ألف لظهور التفاوت . ثم شرع في الركن الرابع وهو الصيغة فقال **(ويشترط)** في الصيغة **(من الموكل لفظ)** ولو كناية **(يقتضي رضاه)** وفي معناها ما مرّ في الضمان **(كوكلتك في كذا أو فوّضته إليك أو أنت وكيلي فيه)** أو أقمتك مقامي ، أو أنبتك ، كما يشترط الإيجاب في سائر العقود ؛ لأن الشخص ممنوع من التصرّف في مال غيره إلا برضاه **(فلو قال : بع أو أعتق حصل الإذن)** ؛ لأنه أبلغ مما سبق وإن كان كما قال الرافعي لا يسمى إيجاباً وإنما هو قائم مقامه ، وإليه يشير قول المصنف : حصل الإذن **(ولا يشترط القبول)** من الوكيل **(لفظاً)** ؛ لأن التوكيل إباحة ورفع حجر فأشبه إباحة الطعام ، وعلى هذا لا يشترط في صحة الوكالة علم الوكيل بها ، فلو تصرّف قبل علمه فكبيع مال مورثه ظاناً حياته فبانَ ميتاً **(وقيل يشترط)** فيه كغيره **(وقيل يشترط في صيغ العقود كوكلتك ، دون صيغ الأمر كبع وأعتق)** إلحاقاً لصيغ العقد بالعقود والأمر بالإباحة .

تنبيه : قد يشترط على الأوّل القبول لفظاً فيما لو كان لإنسان عين معارة أو مستأجرة أو مغصوبة فوهبها لآخر فقبلها وأذن له في قبضها ، ثم إن الموهوب له وكل في قبضها المستعير أو المستأجر أو الغاصب اشترط قبوله لفظاً ، ولا يكفي الفعل وهو الإمساك ؛ لأنه آستدامة لما سبق ، فلا دلالة فيه على الرضا بقبضه عن الغير ، واحترز بقوله لفظاً عن القبول معنىً فإنه إن كان بمعنى الرضا فلا يشترط أيضاً على الصحيح ؛ لأنه لو أكرهه على بيع ماله ، أو طلاق زوجته أو نحو ذلك صح كما قاله الرافعي في الطلاق ، أو بمعنى عدم الردّ فيشترط جزماً ، فلو قال : لا أقبل أو لا أفعل بطلت ، فإن ندم بعد ذلك جدّدت له ، ومرّ أن المفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يرد ، وتكفي الكتابة والرسالة في الوكالة **(ولا يصح تعليقها بشرط)** من صفة أو وقت كقوله : إذا قدم زيد أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا ، أو فأنت وكيلي فيه **(في الأصح)** كسائر العقود . والثاني : يصح كالوصية ، وفرق الأوّل بأن الوصية تقبل الجهالة فتقبل التعليق ، وعلى الأوّل ينفذ تصرّفه في ذلك عند وجود الشرط لوجود الإذن ، وينفذ أيضاً تصرّف صادف الإذن حيث فسدت الوكالة إلا أن يكون الإذن فاسداً كقوله : وكلت مَن أراد بيع داري فلا ينفذ التصرّف كما قاله الزركشي .

فَإِنْ نَجَّزَهَا، وشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطاً جَازَ، ولَوْ قَالَ وكَّلْتُكَ ومَتَىٰ عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي صَحَّتْ في الحَالِ في الأَصَحِّ ، وفي عَوْدِهِ وَكِيلاً بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ في تَعْلِيقِهَا ، ويَجْرِيانِ في تَعْلِيقِ الْعَزْلِ .

تنبيه : هل يجوز الإقدام على التصرّف بالوكالة الفاسدة . قال ابن الرفعة : لا يجوز ، ولكن استبعده ابن الصلاح وهذا هو الظاهر ؛ لأن هذا ليس من تعاطي العقود الفاسدة ؛ لأنه قدم على عقد صحيح (**فإن نجزها وشرط للتصرّف شرطاً جاز**) كوكلتك ببيع عبدي وبعه بعد شهر ، فتصح الوكالة ، ولا يتصرّف إلا بعد الشهر ، ويصح تأقيتها كوكلتك شهراً ، فإذا مضى الشهر امتنع على الوكيل التصرّف (**ولو قال وكلتك ومتى**) أو إذا أو مهما (**عزلتك فأنت وكيلي**) فيه أو قد وكلتك (**صحت في الحال في الأصح**) لوجود الإذن . والثاني : لا تصح لاشتمالها على شرط التأبيد وهو التزام العقد الجائز . وأجيب بمنع التأبيد بما ذكر كما سيأتي (**و**) على الأوّل (**في عوده وكيلاً بعد العزل الوجهان في تعليقها**) ؛ لأنه علق الوكالة ثانياً على العزل ، والأصحّ عدم العود ؛ لأن الأصح فساد التعليق . والثاني : تعود الوكالة مرّة واحدة ، وعلى الأول ينفذ تصرّفه للإذن كما مرّ ، فطريقه في أنه لا ينفذ تصرّفه أن يكرّر عزله فيقول : عزلتك عزلتك ، فإن كان التعليق بكلما تكرّر العود بتكرّر العزل ، وينفذ تصرّفه على الأوّل لما مرّ، وطريقه في أنه لا ينفذ تصرّفه أن يوكل غيره في عزله ؛ لأن المعلق عليه عزل نفسه إلا إن كان قد قال : إن عزلتك أو عزلك أحد عني فلا يكفي التوكيل بالعزل ، بل يتعين أن يقول : كلما عدت وكيلي ، فأنت معزول فيمتنع تصرّفه . فإن قيل : هذا تعليق للعزل عن الوكالة فهو تعليق قبل الملك ؛ لأنه لا يملك العزل عن الوكالة التي لم تصدر منه ، فهو كقوله إن ملكت فلانة فهي حرة أو نكحتها فهي طالق وهو باطل . أجيب بأن العزل المعلق إنما يؤثر فيما يثبت فيه التصرّف بلفظ الوكالة المعلقة السابقة على لفظ العزل ، لا فيما يثبت بلفظ الوكالة المتأخرة عنه إذ لا يصحّ إبطال العقود قبل عقدها . فإن قيل : إذا كان تصرّفه نافذاً مع فساد الوكالة فما فائدة صحتها ؟ . أجيب بأن الفائدة في ذلك استقرار الجعل المسمى إن كان بخلاف الفاسدة فإنه يسقط ، ويجب أجرة المثل كما أن الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق المسمى ، ويوجب مهر المثل وإن لم يؤثر في النكاح (**ويجريان**) أي الوجهان في تعليق الوكالة (**في تعليق العزل**) كقوله إذا طلعت الشمس فأنت معزول . أصحهما عدم صحته أخذاً من تصحيحه في تعليقها . لكن العزل أولى بصحة التعليق من الوكالة كما في الرّوضة كأصلها : لأنه لا

فصــل

الـوَكِيلُ بـالْبَيْـعِ مُـطْلَقـاً لَيْسَ لَـهُ الْبَيْـعُ بِغَيْـرِ نَقْـدِ الْبَلَدِ ، وَلَا بِنَسِيئَـةٍ وَلَا بِغَبْنٍ فَـاحِشٍ ، وَهُوَ مَـا لَا يُحْتَمَلُ غَـالِباً ،

يشترط فيه قبول قطعـاً ، وعلى الأصحّ السـابق يمتنع من التصرف عند وجـود الشرط لـوجود المنع كما رجحه الإسنوي . كما أن التصرف ينفذ في الوكالة الفاسدة بـالتعليق عند وجـود الشرط لوجود الإذن .

فصـل

فيما يجب على الوكيل في الوكالة المطلقة والمقيـدة بالبيـع لأجل ومـا يذكـر معهما . واعلم أن للوكالة أربعة أحكام الأوّل المـوافقة في تصـرف الوكيـل لمقتضى اللفظ الصادر من الموكل أو القرينة ، كما قال (**الوكيل بالبيع مطلقاً**) أي تـوكيلاً لم يقيـد بشيء (**ليس له البيـع بغير نقد البلد**) لدلالة القرينة العرفية عليـه ، فإن كـان في البلد نقدان لـزم البيع بـأغلبهما ، فإن استويا فبأنفعهما للموكل ، فإن استويا تخير ، فإن باع بهما ولو في عقد واحـد جاز كمـا قاله الإمام والغزالي .

تنبيـه : المراد بالبلد بلد البيع لا بلد التوكيل ، لكن لو سافر بما وكل فيه إلى بلد بغير إذن وباعه فيهـا اعتبر نقـد بلد حقه أن يبيـع فيها ، وقـوله مـطلقاً نصب على الحـال ، وكان الأولى أن يقول بمطلق البيع ، فإن صورته أن يقـول وكلتك لتبيـع بكذا ولا يتعـرّض لبلد ولا أجل ولا نقد كما قدّرتـه في كلامـه تبعاً للشـارح ، بخلاف البيـع المطلق لتقييـد البيع بقيـد الإطلاق وإنما المـراد البيع لا بقيـد (**ولا**) يبيع (**بنسيئـة**) وإن كان أكثـر من ثمن المثل ؛ لأن مقتضى الإطلاق الحلول ؛ لأنه المعتاد غالبـاً (**ولا بغبن فاحش ، وهـو ما لا يحتمـل غالبـاً**) بخـلاف اليسير ، وهـو ما يحتمـل غـالبـاً كـدرهم في عشـرة ، فيصـحّ البيـع بـه ، ويختلف المحتمل كما قال الروياني باختـلاف أجناس الأمـوال ، فلا تعتبـر النسبة في المثـال المتقدّم ولهذا قال ابن أبي الدم : والعشرة إن تسومح بها في المائة فلا يتسامح بالمائة في الألف ولا بالألف في العشرة آلاف ، فالصواب الرجوع للعادة ، ولو باع بثمن المثل وثمّ راغب مـوثوق بـه بزيـادة لا يتغابن بمثلهـا لم يصحّ ؛ لأنـه مأمـور بالمصلحـة ، ولو وجـد الراغب في زمن الخيار فالأصحّ أنه يلزمـه الفسخ ، فـإن لم يفعل آنفسـخ كما مـرّ مثل ذلـك في عدل الـرهن ومحله كما قال الأذرعي : إذا لم يكن الراغب مماطلاً ولا متجوّهاً ولا ماله أو كسبه حرام .

فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هٰذِهِ الأَنْوَاعِ وَسَلَّمَ المَبِيعَ ضَمِنَ ، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلاً وَقَدَّرَ الأَجَلَ فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الأَصَحِّ ، وحُمِلَ عَلَى المُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ

فائدة :ثمن المثل نهاية رغبات المشتري **(فلو)** خالف و **(باع على أحد هذه الأنواع)** لم يصحّ على المذهب **(و)** إذا **(سلم المبيع ضمن)** لتعدّيه ، ويستردّه إن بقي وإلا غرم الموكل مَن شاء من المشتري والوكيل قيمته سواء أكان مثلياً أم متقوّماً كما ذكره الرافعي ، وإن بحث بعض المتأخرين التفصيل بين المثلي والمتقوّم ، وقرار الضمان على المشتري ، وإذا استردّ فله بيعه بالإذن السابق كما في بيع العدل الرهن بخلاف ما لو ردّ عليه بعيب أو فسخ البيع المشروط فيه الخيار للمشتري وحده لا يبيعه ثانياً بالإذن السابق ، والفرق أنه لم يخرج عن ملك الموكل في الأوّل وخرج عن ملكه في الثاني وإذا خرج عن ملكه انعزل الوكيل . أما قبل التسليم فلا ضمان عليه ، لأن ما قاله هذيان .

تنبيه : لو قال : لم يصحّ وضمن كما قدّرته لكان أولى إذ لا يلزم من الضمان عدم الصحة ، ولو قال له : بع بكم شئت صحّ بيعه بالغبن الفاحش ، ولا يصحّ بالنسيئة ولا بغير نقد البلد أو بما شئت أو بما تيسر صحّ بيعه بالعروض ، ولا يصحّ بالغبن الفاحش ولا بالنسيئة ، أو كيف شئت صحّ بيعه بالنسيئة ، ولا يصحّ بالغبن الفاحش ولا بغير نقد البلد أو بما عزّ وهان صحّ بيعه بالغبن الفاحش وبالعروض ولا يصحّ بالنسيئة ، وذلك ؛ لأن كم للعدد فشمل القليل والكثير ، وما للجنس فشمل النقد والعرض . لكنه في الأخيرة لما قرن بعزّ وهان شمل عرفاً القليل والكثير أيضاً ، وكيف للحال فشمل الحالّ والمؤجل **(فإن وكله)** في الصيف في شراء جمد لم يشتره في الشتاء ولا في الصيف بعده أو **(ليبيع مؤجلاً وقدر الأجل فذاك)** ظاهر ، ويجوز أن يبيعه إلى ذلك الأجل ولا يزيد عليه ، فإن نقص عنه أو باع حالاً صحّ البيع إن لم يكن فيه على الموكل ضرر من نقص ثمن أو خوف أو مؤنة حفظ أو نحوها من الأغراض . نعم إن عين له المشتري فيظهر كما قال الإسنوي المنع لظهور قصد المحاباة كما يؤخذ مما سيأتي في تقدير الثمن **(وإن أطلق)** الأجل **(صحّ)** التوكيل **(في الأصحّ ، وحمل على المتعارف في مثله)** حملاً للمطلق على المعهود كما تقدّم في النقود ، فإن لم يكن عرف راعى الأنفع للموكل وقد يفهم كلام المصنف البطلان في هذه الصورة ، ويشترط الإشهاد قياساً على عامل القراض وبه صرّح القاضي . والثاني : لا يصح لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طولاً وقصراً ، وقيل : يصح ولا يزيد على سنة لتقدير الديون المؤجلة

ولاَ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وولَدِهِ الصَّغِيرِ، والأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وابْنِهِ الْبَالِغِ، وأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ وتَسْلِيمُ المَبِيعِ ،

بها شرعاً كالجزية والدية ، فلو أخر المصنف قوله في الأصح إلى بعد قوله وحمل على المتعارف لعلم منه الخلاف في المسألة الثانية أيضاً (و) الوكيل بالبيع والشراء مطلقاً **(لا يبيع)** ولا يشتري **(لنفسه و)** لا لـ **(ولده الصغير)** ونحوه من محاجيره ، ولو أذن له فيه لتضادّ غرضي الاسترخاص لهم والاستقصاء للموكل ، وكذا لو قدّر له الثمن ونهاه عن الزيادة ، لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة ، ولأنه لو وكله ليهب من نفسه لم يصحّ ، وإن انتفت التهمة لاتحاد الموجب والقابل، ولو وكله في هبة أو تزويج أو استيفاء حدّ أو قصاص أو دين من نفسه لم يصحّ لذلك ، ومقتضى ذلك منع توكيل السارق في القطع ، وهو ما صرّح به في أصل الروضة هنا . لكن صرّحوا في باب استيفاء القصاص بخلافه وهو الأوجه ، ولو وكله في طرفي عقد ونحوه كمخاصمة لم يأتِ بهما لما مرّ وله اختيار طرف منهما ، ويصح توكيله في إبراء نفسه بناء على أنه لا يشترط القبول في الإبراء ، وفي إعتاقها والعفو عنها من قصاص أو حدّ قذف **(والأصحّ أنه)** أي الوكيل بالبيع مطلقاً **(يبيع لأبيه)** وسائر أصوله **(وابنه البالغ)** وسائر فروعه المستقلين ، لأنه باع بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لصحّ فلا تهمة حينئذ فهو كما لو باع من صديقه . والثاني : لا ؛ لأنه متهم بالميل إليهم كما لو فوّض إليه الإمام أن يولي القضاء مَن شاء لا يجوز له تفويضه إلى أصوله ولا فروعه ، وفرّق الأوّل بأن لنا هنا مرداً ظاهراً وهو ثمن المثل ؛ ولأن فيه تزكية لأصوله وفروعه بخلاف الوكالة (و) الأصحّ **(أن الوكيل بالبيع له قبض الثمن)** الحالّ إن لم يمنعه الموكل من قبضه (و) له **(تسليم المبيع)** إن كان مسلماً إليه إن لم ينه عن تسليمه ، لأنهما من مقتضيات البيع ، والثاني : لا لعدم الإذن فيهما ، وقد يرضاه للبيع دون القبض ، ومحل الخلاف إذا لم يكن القبض شرطاً ، فإن كان كالصرف ونحوه فله القبض والإقباض قطعاً . أما إذا كان الثمن مؤجلاً ، ولو حلّ أو حالاً ونهاه عن قبضه لم يملك قبضه قطعاً ، ولو قال له : امنع المشتري من المبيع فسدت الوكالة ؛ لأن منع الحقّ عمن يستحقّ إثبات يده عليه حرام ، ويصحّ البيع بالإذن ، وإن قال : لا تسلم المبيع له لم يفسد ؛ لأنه لم يمنعه من أصل التسليم المستحق بل من تسليمه بنفسه ، وبهذا فرّق بين هذه وما قبلها فيسلم الموكل المبيع للمشتري عن الوكيل في الصورتين ، وخرج بالبيع الهبة فليس للوكيل فيها التسليم قطعاً ؛ لأن الملك فيها لا يقع بالعقد بخلاف البيع .

وَلَا يُسَلِّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ، وإِذَا وكَّلَهُ في شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيباً ، فَإِنِ اشْتَرَاهُ في الذِّمَّةِ وهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ وَقَعَ عَنِ الْمُوَكِّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ ، وإِنْ عَلِمَهُ فَلَا في الأَصَحِّ ، وإِنْ لَمْ يُسَاوِهِ لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ ، وإِنْ جَهِلَهُ وَقَعَ فِي الأَصَحِّ،

تنبيه : سكت المصنف عن حكم الوكيل بالشراء ، وهو كالوكيل بالبيع فله قبض المبيع وله تسليم الثمن إن كان مسلماً إليه ولم ينهه عن تسليمه **(ولا يسلمه)** أي : وكيل البائع المبيع **(حتى يقبض الثمن)** لما في التسليم قبله من الخطر **(فإن خالف ضمن)** لتعديه قيمته كما قاله الرافعي وقت التسليم ، وقضيته أنه لا فرق في غرم القيمة بين المثليّ والمتقوّم وهو كذلك ؛ لأنه للحيلولة ، فإذا غرمها ثم قبض الثمن دفعه إلى الموكل واستردّ المغروم . هذا إذا سلمه مختاراً ، فإن ألزمه الحاكم بتسليم المبيع قبل القبض ، ففي البحر : الأشبه أنه لا يضمن وهو حسن **(وإذا وكله في شراء)** شيء موصوف أو معين كما يقتضيه كلام الشيخين **(لا يشتري معيباً)** أي يمتنع عليه ذلك ؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة بخلاف عامل القراض ؛ لأن المقصود الربح وقد يكون في المعيب **(فإن اشتراه)** أي المعيب **(في الذمة وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به وقع)** الشراء **(عن الموكل إن جهل)** المشتري **(العيب)** إذ لا ضرر على المالك لتخييره ولا تقصير من جهة الوكيل لجهله ولا خلل من جهة اللفظ لإطلاقه . نعم لو نصّ له على السليم ، فالوجه كما قال الإسنوي إنه لا يقع للموكل ؛ لأنه غير المأذون فيه .

تنبيه : قوله : في الذمة يوهم أنه إذا اشتراه بعين مال الموكل لا يقع له ، وليس مراداً بل يقع له ، لكن ليس للوكيل الردّ ، لأنه لا يمكن انقلاب العقد له بحال فلا يتضرر بخلاف الشراء في الذمة ، ففائدة التقييد أولاً بالذمة إخراج المذكور آخراً وهو رد الوكيل ، فلو قيد الأخير فقط فقال للموكل : الرد ، وكذا للوكيل : إن اشترى في الذمة لكان أولى **(وإن علمه فلا)** يقع عن الموكل **(في الأصح)** ؛ لأنه غير مأذون فيه ، سواء أساوى ما اشتراه أم زاد . والثاني : يقع له ؛ لأن الصيغة مطلقة ولا نقص في المالية **(وإن لم يساوه لم يقع عنه)** أي الموكل **(إن علمه)** أي الوكيل لتقصيره وقد يهرب البائع فلا يتمكن الموكل من الردّ فيتضرر **(وإن جهله وقع)** على الموكل **(في الأصح)** كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً . والثاني : لا ؛ لأن الغبن يمنع الوقوع عنه مع السلامة فعند العيب أولى ، وأجاب الأوّل بأن الخيار يثبت في

وإِذَا وقَعَ لِلْمُوَكِّلِ فَلِكُلٍّ مِنَ الْوَكِيلِ والمُوَكِّلِ الرَّدُّ ، ولَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ بِلاَ إِذْنٍ إِنْ تَأَتى مِنْهُ مَا وكِّلَ فِيهِ ، وإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لاَ يُحْسِنُهُ أَوْ لاَ يَلِيقُ بِهِ فَلَهُ التَّوْكِيلُ ، ولَوْ كَثُرَ وَعَجزَ عَنِ الإِثْبَاتِ بِكُلِّهِ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى المُمْكِنِ ،

المعيب فلا ضرر بخلاف الغبن (وإذا وقع) الشراء (للموكل) في صورتي الجهل (**فلكل من الوكيل والموكل الردّ**) بالعيب ، أما الموكل فلأنه المالك والضرر لاحق به ، وأما الوكيل ، فلأنه نائبه ؛ ولأنا لو لم نجوّزه له لكان المالك ربما لا يرضى به فيتعذر الردّ لكونه فورياً ويبقى للوكيل فيتضرر به . أما إذا قلنا : إنه يقع للموكل في صورة العلم فيرده الموكل وحده كما فهم من التقييد المذكور وإن أوهم كلام المصنف خلافه ، والعيب الطارىء قبل القبض كالمقارن في جواز الرد كما نقله في الكفاية عن مقتضى كلام القاضي أبي الطيب وأقرّه ، ولو رضي بالعيب الموكل أو قصر في الرد فيما إذا اشتراه الوكيل في الذمة لم يردّه الوكيل ، إذ لا حظ له في الفسخ ، بخلاف عامل القراض لحظة في الربح ، وإن رضي به الوكيل أو قصر في الرد رده الموكل لبقاء حقه ، هذا إذا سماه الوكيل في الشراء أو نواه وصدّقه البائع ، وإلا وقع الشراء للوكيل ؛ لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل فٱنصرف إليه ، ويقع الشراء في صورتي العلم للوكيل أيضاً . أما إذا علمه واشترى بعين مال الموكل فإن الشراء لم يصحّ .

فرع : لو قال البائع للوكيل : أخر الرد حتى يحضر الموكل لم يلزمه إجابته وإن أخر فلا رد له لتقصيره ، ولو ٱدعى البائع على الوكيل رضا الموكل بالعيب واحتمل رضاه به باحتمال بلوغ الخبر إليه ، فإن حلف الوكيل على نفي العلم ردّ وإن نكل وحلف البائع لم يردّ لتقصيره بالنكول ، فإن حضر الموكل في الصورة الأولى وصدّق البائع في دعواه فله استرداد المبيع منه أو في الثانية وصدق البائع فكذلك ، وإن كذبه وقع الشراء للموكل وله الردّ خلافاً للبغوي نبّه عليه في أصل الرّوضة . أما إذا لم يحتمل رضاه فلا يلتفت إلى دعوى البائع (**وليس للوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ما وكل فيه**) ؛ لأن المالك لم يرض بتصرف غيره . ولا ضرورة كالمودع لا يودع ، (**وإن لم يتأتّ**) منه ذلك (**لكونه لا يحسنه أو لا يليق به فله التوكيل**) ؛ إذ تفويض مثل ذلك إليه إنما يقصد منه الاستنابة ، وقضيته امتناع التوكيل عند جهل الموكل بحاله أو اعتقاده خلاف ما هو عليه ، وهو كما قال الإسنوي : ظاهر (**ولو كثر**) الموكل فيه (**وعجز**) الوكيل (**عن الإتيان بكله ، فالمذهب أنه يوكل فيما زاد على الممكن**) غيره ؛ لأن الضرورة دعت إليه فيما لا يمكن بخلاف الممكن ، وقيل يوكل

وَلَوْ أَذِنَ فِي التَّوْكِيلِ وقالَ وكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ ، والأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وانْعِزَالِهِ ، وَإِنْ قَالَ وَكِّلْ عَنِّي فَالثَّانِي وَكِيلُ المُوَكِّلِ ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ . قُلْتُ : وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لاَ يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ وَلاَ يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ ،

في الجميع ؛ لأنه ملك التوكيل في البعض فيوكل في الكل وهذه طريقة . والثاني : لا يوكل في الممكن وفي الزائد عليه وجهان . والثالثة : في الكل وجهان ، ولو وكله فيما يمكنه عادة ولكنه عاجز عنه لسفر أو مرض ، فإن كان التوكيل في حال علمه بسفره أو مرضه جاز له أن يوكل وإن طرأ العجز فلا خلافاً للجويني قاله في المطلب ، وكطروّ العجز ما لو جهل الموكل حال توكيله ذلك كما يؤخذ مما مرّ آنفاً عن الإسنوي .

تنبيه : هل المراد بالعجز أن لا يتصوّر القيام بالجميع مع بذل المجهود أو أنه لا يقوم به إلا بكلفة عظيمة ؟ فيه وجهان : في النهاية والبسيط أظهرهما الثاني : كما يؤخذ من كلام مجلي في الذخائر ، وحيث وكله في هذه الأقسام فإنما يوكل عن موكله ، فإن وكل عن نفسه فالأصح في زيادة الرّوضة المنع ، (**ولو أذن**) الموكل (**في التوكيل قال**) للوكيل : (**وكل عن نفسك ففعل ، فالثاني** : **وكيل الوكيل**) عملاً بإذن الموكل ، وقيل : إنه وكيل الموكل ، وكأنه قال : أقم غيرك مقامك (**و**) على الأوّل (**الأصح أنه ينعزل**) أي الثاني : (**بعزله**) أي الأوّل (**وانعزاله**) بموته أو جنونه أو عزل موكله له ، والثاني لا ينعزل بذلك بناء على أنه وكيل عن الموكل ، وعلى الأوّل للموكل أيضاً عزل الثاني ؛ لأنه فرع الفرع كما ينعزل بموته وجنونه .

تنبيه : جزم المصنف بأن الثاني وكيل الوكيل ، وحكايته وجهين مع ذلك في انعزاله بعزل الوكيل ، وانعزاله غير صحيح في المعنى ومخالف لما في الشرح والرّوضة من حكاية خلاف في البناء وبناء العزل عليهما كما تقرّر (**وإن قال**) له : (**وكل عني**) ففعل (**فالثاني وكيل الموكل**) ؛ لأنه مقتضى الإذن (**وكذا لو أطلق**) بأن قال : وكل ولم يقل عني ولا عنك (**في الأصح**) ؛ لأن توكيل الأوّل له تصرف وقع بإذن الموكل فيقع عنه . والثاني : أنه وكيل الوكيل ، وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه كما لو قال الإمام أو القاضي لنائبه : استنب فاستناب ، فإنه نائب عنه لا عن منيبه ، وفرّق الأوّل بأن القاضي ناظر في حقّ غير المولي كما قاله الماوردي والوكيل ناظر في حقّ الموكل (**قلت : وفي هاتين الصورتين**) وهما ما إذا قال : عني أو أطلق (**لا يعزل أحدهما الآخر ولا ينعزل بانعزاله**) فإنه ليس وكيلاً عنه ، ففي

وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِيناً إلاَّ أَنْ يعَينَ المُوَكِّلُ غَيْرَهُ ، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِيناً فَفُسِّقَ لَمْ يَمْلِكِ الوَكِيلُ عَزْلَهُ في الأَصَحِّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الأولى جزماً ، وفي الثانية على الأصح . قال ابن النقيب : ولو سكت عن هذا لفهم من التفريع ، ولكنه أراد زيادة الإيضاح اهـ وللموكل عزل أيهما شاء (**وحيث جوّزنا للوكيل التوكيل**) عنه أو عن الموكل (**يشترط أن يوكل أميناً**) رعاية لمصلحة الموكل .

تنبيه : ظاهر إطلاق المصنف أنه لا يجوز توكيل غير الأمين ، ولو نصّ له على الثمن والمشتري وهو كذلك وإن كان فيه احتمال لصاحب المطلب ، لأنها استنابة عن الغير (**إلا أن يعين الموكل غيره**) أي الأمين فيتبع تعيينه ، فله أن يوكله لإذنه فيه ، ولو علم الوكيل فسق المعين دون الموكل . قال الإسنوي : فيظهر تخريجه على ما إذا وكله في شراء معين ، فاطلع الوكيل على عيبه دون الموكل ، وقد سبق أنه لا يشتريه ، فتستثنى هذه المسألة من كلامه ، ولو عين له فاسقاً فزاد فسقه امتنع عليه توكيله كما قاله الزركشي كنظيره ، فيما لو زاد فسق عدل الرّهن ، هذا كله فيمن وكل عن نفسه ، أما الموكل عن غيره كالوليّ فلا يجوز لموكله أن يوكله ولا غيره .

تنبيه : مقتضى التعبير بالتعيين : أنه إذا عمم ، فقال : وكل مَن شئت لا يجوز توكيل غير الأمين وهو كذلك . فإن قيل : قد قالوا في النكاح إن المرأة إذا قالت : زوّجني ممن شئت جاز تزويجها من الأكفاء وغيرهم فقياسه الجواز هنا ، بل أولى لأنه ثمّ يصح ولا خيار لها ، وهنا يستدرك ؛ لأنه إذا وكل فاسقاً فباع بدون ثمن المثل لا يصح أو اشترى معيناً ثبت الخيار . أجيب بأن المقصود بالتوكيل في التصرّف في الأموال حفظها وتحصيل مقاصد الموكل فيها ، وهذا ينافيه توكيل الفاسق بخلاف الكفاءة فإنها صفة كمال وقد تسامح المرأة بتركها لحاجة القوت أو غيره ، وقد يكون غير الكفء أصلح لها ، والظاهر أن الموكل هنا إنما قصد التوسعة عليه بعدم التعيين بشرط النظر له بالمصلحة (**ولو وكل**) الوكيل (**أميناً**) في الصورتين السابقتين (**ففسق لم يملك الوكيل عزله في الأصحّ ، والله أعلم**) ؛ لأنه أذن له في التوكيل دون العزل ، والثاني : يملك عزله ؛ لأن الإذن في التوكيل يقتضي توكيل الأمناء ، فإذا فسق لم يجز استعماله فيجوز عزله .

فصـــل

قالَ : بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ في زَمَنٍ أَوْ مَكانٍ مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ ، وَفي المَكانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِـهِ غَرَضٌ ،

فصـل

فيما يجب على الوكيل في الوكالة المقيدة بغير أجل وما يتبعهـا لو (قـال : **بع لشخص معين**) كزيد (**أو في زمن**) معين كيوم الجمعة (**أو مكان معين**) كسوق كذا (**تعين**) ذلك . أمـا الشخص ؛ فلأنه قد يقصد تخصيصه بتلك السلعة وربما كان ماله أبعد عن الشبهة . نعم إن دلت قرينة على إرادة الـرّبح وأنـه لا غرض لـه في التعيين إلا ذلـك ، فـالمتجـه كمـا قـال الزركشي جواز البيع من غير المعين . وأما الزمـان ، فلأن احتيـاجه إلى البيـع قد يكـون فيه خـاصة ، وفـائدة التقييـد بالـزمان أنـه لا يجوز قبله ولا بعـده ، وذلـك متفق عليـه في البيـع والعتق ، فلو قال له : بع أو أعتق يوم الجمعة مثلاً لم يجز له ذلك قبله ولا بعده ، والمتجـه كما قال الإسنوي انحصار يوم الجمعة في الذي يليه حتى لا يجـوز ذلك في مثله من جمعـة أخـرى . وأما الـطلاق فلو وكـل بـه في وقت معين فـطلق قبله لم يقـع أو بعـده فكـذا على المعتمـد مراعـاة لتخصيص الموكـل كما صـرّح به في الـرّوضة في كتـاب الطلاق نقـلاً عن البوشنجي ، وأشار إليـه هنا بعـد نقله عن الداركي أنـه يقع بعـده لا قبله ، لأن المطلقـة فيه مطلقة بعده لا قبله ، وما قـاله الـداركي غريب مخـالف لنظائـره . وأما المكـان فإن ظهـر له الغرض في تعيينه لكون الراغبين فيه أكثر أو النقـد فيه أجـود فواضـح وإلا فقد يكـون له فيـه غرض خفيّ لا يطلع عليه ، وتعيينه إذا لم يكن للموكل غرض ظاهر هو المعتمد كما رجحـه الشيخان ، ولذلك قال : (**وفي المكان وجه إذا لم يتعلق به غرض**) صحيح أنه لا يتعين وإن قـال الإسنوي : إنـه الراجـح فقد نصّ عليـه الشافعي وجمـع . وقال الـزركشي : نصّ عليه الشـافعي وجمهور الأصحـاب ، وعلى الأوّل محله إذا لم يقدّر الثمن ، فـإن قـدّره لم يتعين المكان إلا إن نهاه عن البيـع في غيره فيتعين البيـع فيه ، وإن عين للبيـع بلداً أو سوقـاً فنقل المـوكـل فيـه إلى غيـره ضمن الثمن والمثمن ، وإن قبضـه وعـاد بـه كنـظيـره من القـراض للمخالفة . قال في أصل الروضة : بـل لو أطلق التـوكيل في البيـع في بلد فليبع فيـه ، فإن نقله ضمن .

تنبيـه : في عبـارة المصنف تساهـل ، فإن كـان يحكي بها لفظ المـوكل فيكـون قولـه

وَإِنْ قَـالَ بِعْ بِمِـائَةٍ لَمْ يَبِـعْ بِأَقَـلَّ ، وَلَهُ أَنْ يَـزِيدَ إِلاَّ أَنْ يُصَـرِّحَ بِالنَّهْيِ ،

معين من تتمة لفظ الموكل فمدلوله بع من معين لا مبهم ، وكذا القول في الزمان والمكان ، وليس ذلك مراداً كما يفهم مما مثلت به ، وعبارة المحرر قال : بع من فلان أو في وقت كذا أو كذا أو عين مكاناً ، وهو تعبير حسن .

فـروع : لو قال : اشتر عبد فلان وكان فلان قد باعه فللوكيـل شراؤه من المشتـري ، ولـو قال : طلق زوجتي ثم طلقهـا الزوج فللوكيـل طلاقهـا أيضاً في العـدّة قالـه البغوي في فتاويه ، ولو باع الوكيل ليلاً فإن كان الرّاغبون فيه مثل النهار صحّ وإلا فلا قـاله القـاضي في تعليقه ، ولو قال : بع من زيد فباع لوكيله لم يصح ، بخلاف نظيره في النكاح فيصح ؛ لأنه لا يقبل نقل الملك والبيع يقبله ، وقياسه عدم الصحة فيما لو قال بع من وكيل زيـد فباع من زيد **(وإن قال بع)** هذا **(بمائة لم يبع بأقل)** منها ولو يسيراً وإن كان بثمن مثله ؛ لأنه مخـالف للإذن ، وهذا بخلاف النقص عن ثمن المثل بمـا يتغابن بـه عند الإطـلاق ؛ لأنه قـد يسمى ثمن المثل ، بخلاف دون المائة لا يسمى مائة **(وله أن يزيد)** عليها ؛ لأن المفهـوم من ذلك عرفاً إنمـا هو منع النقص ، وقيل لا يزيـد لأن المالـك ربما كـان له غـرض في إبرار قسم ، وكما لو زاد في الصفة : بأن قال : بمائة درهم مكسرة فباع بمائة صحيحة .

تنبيـه : قوله : لـه يشعر بجـواز البيع بـالمائـة وهناك راغب بـزيادة وليس مـراداً ، فإن الأصح في زيادة الروضة المنع ، لأنه مأمور بـالاحتياط والغبـطة ، فلو وجده في زمن الخيـار لـزمه الفسـخ ، فلو لم يفسخ آنفسـخ المبيع قيـاساً على مـا مرّ **(إلا أن يصـرّح بـالنهي)** عن الزيادة فتمتنع ؛ لأن النطق أبطل حقّ العرف .

تنبيـه : يرد على حصره الاستثناء ما لو قال : بع لزيد بمائة فإنه ليس له الزيادة قطعاً ، لأنه ربما قصد إرفاقه . فإن قيل لو وكله بالخلع بمائة جاز له أن يزيد عليها ولم يحملوه على ذلك . أجيب بأن الخلع يقع غالباً عن شقاق ، وذلك قرينة دالة على عـدم قصد المحـاباة ، ولذلك قيـد ابن الرفعـة المنع في الأولى بمـا إذا كانت المـائة دون ثمن المثـل لظهـور قصد المحاباة ، بخلاف ما إذا كانت ثمن المثل فأكثر . فإن قيل لو وكله أن يشتري عبد زيد بمائة كان له أن يشتـريه بـأقلّ منهـا ولم يحملوه على ذلك . أجيب بـأن البيع لمـا كان ممكنـاً من المعين وغيره كان تعيينه ظاهراً في قصد إرفاقه وشـراء العين لما لم يمكن من غيـر المذكـور ضعف احتمال ذلك المقصد فظهر قصد التعريف .

وَلَوْ قَالَ اشْتَرِ بِهٰذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصِّفَةِ ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَاراً لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ فَالأَظْهَرُ الصِّحَّةُ ، وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ ، وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ

فروع : لو قال له : بع العبد بمائة فباعه بمائة وثوب أو دينار صحّ ؛ لأنه حصل غرضه وزاد خيراً ، ولو قال له : بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يصح ، إذ المأتيّ به ليس مأموراً به ولا مشتملاً عليه ، ولو قال : اشترِ بمائة لا بخمسين جاز الشراء بالمائة وبما بينها وبين الخمسين لا بما عدا ذلك ، ولو قال بع بمائة لا بمائة وخمسين لم يجز النقص عن المائة ولا استكمال المائة والخمسين ولا الزيادة عليها للنهي عن ذلك ، ويجوز ما عداه ، ولو قال : لا تبع أو لا تشترِ بأكثر من مائة مثلاً فاشترى أو باع بثمن المثل وهو مائة أو دونها لا أكثر جاز لإتيانه بما أمر به ، بخلاف ما إذا آشترى أو باع بأكثر من مائة للنهي عنه **(ولو قال : اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها)** بصفة **(فاشترى به شاتين بالصفة)** المشروطة **(فإن لم تساو واحدة)** منهما **(ديناراً لم يصحّ الشراء للموكل)** وإن زادت قيمتهما جميعاً على الدينار لفوات ما وكل فيه **(وإن ساوته)** أو زادت عليه **(كلّ واحدة)** منهما **(فالأظهر الصحة)** للشراء **(وحصول الملك فيهما للموكل)** لحديث عروة السابق في بيع الفضولي ، ولأنه حصل غرضه وزاد خيراً كما لو قال : بع بخمسة دراهم ، فباعه بعشرة منها ، وليس له بيع إحداهما ، ولو بدينار ليأتي به وبالأخرى إلى الموكل ، وإن فعل عروة ذلك كما مرّ لعدم الإذن فيه . وأما عروة فلعله كان مأذوناً له في بيع ما رآه مصلحة من ماله ﷺ ، والوكالة في بيع ما سيملكه تبعاً لبيع ما هو مالكه صحيحة كما مرّ . والثاني : يقول : إن اشترى في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار ، وإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى شاة بإذن وشاة بغير إذن فيبطل في شاة ، ويصح في شاة بناء على تفريق الصفقة كما مرّ .

تنبيه : قوله : وإن ساوته كل واحدة هو طريقة ، والأصح في زيادة الروضة أن الشرط أن تكون إحداهما فقط مساوية للدّينار ولو لم تساوه الأخرى ، واحترز بقوله : ووصفها عما إذا لم يصفها ، فإن التوكيل لم يصح ، والمعتبر في الوصف ما سبق في التوكيل بشراء عبد كما أشعر به كلام الرافعي هنا . قال الإسنوي : وهو واضح **(ولو أمره بالشراء بمعين)** أي بعين ماله كما في المحرّر **(فاشترى في الذمة لم يقع للموكل)** لمخالفته ؛ لأنه أمره بعقد

وَكَذَا عَكْسُهُ في الأَصَحِّ ، وَمَتَى خَالَفَ المُوَكِّلُ في بَيْعِ مَالِهِ أَوِ الشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ ، وَلَوِ اشْتَرَى في الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ المُوَكِّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ : بِعْتُكَ فَقَالَ اشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ فَكَذَا في الأَصَحِّ ، وَإِنْ قَالَ بِعْتُ مُوَكِّلَكَ زَيْداً فَقَالَ اشْتَرَيْتُ لَهُ فَالمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ ،

ينفسخ بتلف العين ، فأتى بما لا ينفسخ بتلفها ويطالب بغيره ، ويقع العقد للوكيل إن لم يصرّح بالسفارة ، وكذا إن صرّح على الأصحّ **(وكذا)** لا يصح **(عكسه)** وهو فيما إذا قال له آشتر في الذمة وآدفع هذا في ثمنه فاشترى بعينه لم يقع الشراء للموكل **(في الأصحّ)** لمخالفته ؛ لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف العين فأتى بما ينفسخ بتلفها ، وقد يكون غرض الموكل تحصيل المبيع على كل حال ، وعلى هذا لا يقع لواحد منهما . والثاني : يقع له ، لأنه زاد خيراً حيث لم يلزم ذمته شيئاً ، ولو دفع إليه شيئاً وقال : اشترِ لي كذا وأطلق تخير بين الشراء بعينه وفي الذمة لتناول الشراء لهما ، ولو قال : اشترِ بهذا تخير أيضاً على المعتمد ، وإن خالف في ذلك الإمام والشيخ أبو علي الطبري وقالا : يتعين الشراء بعينه ؛ لأن الأوّل هو الذي اقتضاه كلامهم في الكلام على مسألة الشاة ، حيث فرّقوا على مقابل الأظهر بين الشراء بعين الدينار والشراء في الذمة **(ومتى خالف)** الوكيل **(الموكل في بيع ماله)** بأن باعه على غير الوجه المأذون فيه **(أو)** في **(الشراء بعينه)** بأن اشترى له بعين ماله على وجه لم يأذن له فيه **(فتصرّفه باطل)** ؛ لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه على ذلك الوجه ، ولو قال : اشترِ لفلان بألف في ذمته فهو كشرائه بعين مال الغير كما قاله الرّافعي في الشرط الثالث من شروط المبيع **(ولو اشترى في الذمة)** غير المأذون فيه **(ولم يسمّ الموكل وقع)** الشراء **(للوكيل)** وإن نوى الموكل ؛ لأن الخطاب وقع منه ، وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقاً لإذنه ، فإن خالف لغت نيته **(وإن سماه فقال البائع بعتك فقال اشتريت لفلان فكذا)** يقع الشراء للوكيل **(في الأصح)** وتلغو تسمية الموكل في القبول ؛ لأنها غير معتبرة في الشراء ، فإذا سماه ولم يمكن صرفها إليه صار كأنه لم يسمه . والثاني : يبطل العقد ، لأنه صرّح بإضافته إلى الموكل وقد امتنع إيقاعه له فألغي **(وإن قال بعت موكلك زيداً ، فقال آشتريت له فالمذهب بطلانه)** أي العقد ؛ لأنه لم يجر بين المتعاقدين مخاطبة ولم يصرّح في الرّوضة ولا أصلها بمقابل المذهب . ويؤخذ من هذا التعليل أن ذلك في موافق الإذن ، وفي الكفاية حكاية وجهين في المسألة ، وفي المطلب : لو قال : بعتك لموكلك فلان ، فقال : قبلت له صح جزماً أو بعتك لنفسك ، وإن كنت تشتريه للغير ، فلا

وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ وَلَا يَنْعَزِل في الأَصَحِّ ،

أبيعه لك فاشتراه للغير لم يصح بلا خلاف ولو لم يصرّح البائع بلفظ الموكل بل باسمه . فقال بعت زيداً ، فقال المشتري : اشتريت له ونوياه فكالتعبير بالموكل .

تنبيه : قضية كلام المصنف عدم وجوب تسمية الموكل في العقد ، ويستثنى من ذلك مسائل . منها ما إذا وكل شخص عبداً أن يشتري نفسه من سيده فيجب أن يقول : اشتريت نفسي منك لموكلي ، لأن قوله : اشتريت نفسي صريح في اقتضاء العتق فلا يندفع بمجرّد النية . ومنها ما إذا وكل العبد أجنبياً في شراء نفسه من سيده فإنه يجب تصريحه بإضافته إلى العبد ، فلو أطلق ونوى وقع للوكيل ؛ لأن المالك قد لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل قبض الثمن . ومنها ما لو قال : اشتر لي عبد فلان بثوبي هذا مثلاً ففعل . ومنها وكيل المتهب يجب أن يسميه في القبول وإلا فيقع العقد له لجريان الخطاب معه بغير ذكر الموكل ، ولا تكفي النية في وقوع العقد لموكله ؛ لأن الواهب قد يسمح بالتبرّع له دون غيره . نعم إن نواه الواهب أيضاً وقع عنه كما بحثه الأذرعي وغيره . قال الزركشي : وقياس ما ذكر في الهبة يجري مثله في الوقف والوصية والإعارة والرّهن والوديعة وغيرها مما لا عوض فيه اهـ ولا ينحصر ذلك فيما لا عوض فيه كما يعلم مما تقدّم . ومنها وكيل النكاح كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه . ثم شرع في الحكم الثاني : من أحكام الوكالة وهو الأمانة فقال : **(ويد الوكيل يد أمانة وإن كان بجعل)** ؛ لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف فكانت يده كيده ، وأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة والضمان مناف لذلك ومنفر عنه فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعدّ **(فإن تعدّى)** في العين بلبس أو ركوب أو نحو ذلك **(ضمن)** بخلاف ما لو تلف بلا تعدّ كغيره من الأمناء فيهما ، ومن التعدّي أن يضيع منه ولا يدري كيف ضاع ، وكذا لو وضعه في موضع ، ثم نسيه ، وهل يضمن بتأخير ما وكل في بيعه وجهان : أوجههما كما قاله بعض المتأخرين عدم الضمان **(ولا ينعزل)** بالتعدّي **(في الأصح)** ؛ لأن الوكالة إذن في التصرف والأمانة حكم يترتب عليها ، ولا يلزم من ارتفاعها ارتفاع أصلها كالرّهن . والثاني : ينعزل كالمودع ، وأجاب الأوّل بأن الوديعة ائتمان محض . نعم إن كان وكيلاً لوليّ أو وصي فالمتجه كما قال الأذرعي وغيره انعزاله كالوصي يفسق ، إذ لا يجوز إبقاء ماله بيد غير عدل . فإن قيل هذا مردود ؛ لأن الفسق لا يمنع الوكالة وإن منع الولاية ولكن الممنوع إبقاء المال بيده . أجيب بأن هذا هو المردود فإن الأوّل هو المنقول ، فإنهم قالوا : الوكيل ينعزل بالفسق فيما العدالة شرط فيه .

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرِطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ ، وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّناً ، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ لَا أَعْلَمُهَا ،

تنبيه : محل الوجه الثاني : إذا تعدّى بالفعل ، فإن تعدّى بالقول كما لو باع بغبن فاحش ولم يسلم لا ينعزل جزماً لأنه لم يتعدّ فيما وكل فيه ، وعلى الأوّل : لو باع وسلم بالمبيع زال الضمان عنه ؛ لأنه أخرجها من يده بإذن مالكها ، ولا يضمن الثمن لأنه لم يتعدّ فيه ، ولو ردّ المبيع عليه بعيب عاد الضمان لعود اليد . فإن قيل : هذا إنما يأتي إذا قلنا : إن الفسخ يرفع العقد من أصله لا من حينه ، والمعتمد أنه يرفعه من حينه لا من أصله فلا يعود الضمان . أجيب بأن المعتمد عود الضمان والفسخ وإن رفع العقد من حينه لا من أصله لا يقطع النظر عن أصله بالكلية ، وتقدّم أنه لو تعدّى بسفره بما وكل فيه وباعه فيه ضمن ثمنه ، وإن تسلمه وعاد من سفره فيكون مستثنى مما مرّ ، ولو آمتنع الوكيل من التخلية بين الموكل والمال ضمن إن لم يكن عذر كالمودع ، فإن كان له عذر : ككونه مشغولاً بطعام لم يضمن . ثم شرع في الحكم الثالث من أحكام الوكالة وهو العهدة ، فقال **(وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض في المجلس حيث يشترط)** كالرّبوي ورأس مال السلم **(الوكيل دون الموكل)** ؛ لأن الوكيل هو العاقد حقيقة وله الفسخ بخيار المجلس ، وكذا بالخيار المشروط له وحده كما قاله بعض المتأخرين وإن رضي الموكل ببقائه ، بخلاف ما مرّ في المعيب من أن الموكل إذا رضي به ليس للوكيل الردّ ؛ لأنه لدفع الضرر عن المالك ، وليس منوطاً باسم المتعاقدين كما نيط به كل الفسخ بخيار المجلس لخبر «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» ، وخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس ؛ ولأن ملكه ثمّ قد تمّ عليه بخلافه هنا **(وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل)** للعرف سواء اشترى بعينه أم في الذمة ولتعلق أحكام العقد بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضاً على المذهب كما ذكراه في باب معاملات العبيد **(وإلا)** ؛ بأن لم يدفعه إليه **(فلا)** يطالبه **(إن كان الثمن معيناً)** ؛ لأنه ليس في يده ، وحق البائع مقصور عليه **(وإن كان)** الثمن **(في الذمة طالبه)** به دون الموكل ، **(إن أنكر وكالته أو قال لا أعلمها)** ؛ لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه والعقد وقع معه .

وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا طَالبهُ أَيْضاً في الأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ المُوَكِّلَ ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالموَكِّلُ كأَصِيلٍ ، وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلِفَ في يَدِهِ وَخَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ المُشْتَرِي ، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ في الأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلِ عَلَى المُوَكِّلِ . قُلْتُ :وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى المُوَكِّلِ ابْتِدَاءً في الأَصَحِّ ،وَاللّهُ أَعْلَمُ .

تنبيه : مسألة عدم العلم من زيادته من غير تمييز (**وإن اعترف بها طالبه أيضاً في الأصح كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن والموكل كأصيل**) ، لأن العقد وإن وقع للموكل ، لكن الوكيل فرعه ونائبه ووقع العقد معه فلذلك جوّزنا مطالبتهما ، فإذا غرم رجع بما غرمه على الموكل . والثاني : لا يطالب الوكيل بل الموكل فقط ؛ لأن العقد وقع له والوكيل سفير محض . والثالث : لا يطالب الموكل بل الوكيل فقط ، لأن الالتزام وجد معه (**وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن**) حيث يجوز له (**وتلف في يده وخرج المبيع مستحقاً رجع عليه المشتري**) ببدل الثمن (**وإن اعترف بوكالته في الأصح**) لحصول التلف في يده . والثاني : يرجع به على الموكل وحده ؛ لأن الوكيل سفير محض (**ثم**) على الأوّل إذا غرم الوكيل (**يرجع الوكيل على الموكل**) بما غرمه؛ لأنه غرّه، هذا إذا لم يكن الوكيل منصوباً من جهة الحاكم وإلا فلا يكون طريقاً في الضمان؛ لأنه نائب الحاكم والحاكم لا يطالب فكذا نائبه (**قلت: وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء**) أيضاً (**في الأصح، والله أعلم**) ؛ لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده وإذا غرم لا يرجع به على الوكيل ؛ لأن قرار الضمان عليه ، والثاني : لا يرجع على الموكل ؛ لأنه تلف تحت يد الوكيل ، وقد بان فساد الوكالة ، ولو تلف الثمن تحت يد الموكل والحال ما ذكر ففي مطالبة الوكيل وجهان : أظهرهما كما قال الأذرعي مطالبته ، وهذا الخلاف جميعه يأتي في وكيل المشتري إذا تلف المبيع في يده ثم ظهر استحقاقه .

فرع : وكيل المستقرض كوكيل المشتري فيطالب ويرجع بعد الغرم على الموكل .

تنبيه : المقبوض للوكيل بالشراء الفاسد يضمنه الوكيل سواء أتلف في يده أم في يد موكله لوضع يده عليه بغير إذن شرعي ، ويرجع إذا غرم على الموكل ؛ لأن قرار الضمان عليه كما مرّ ؛ ثم شرع في الحكم الرابع : وهو الجواز مترجماً له بفصل ، فقال :

فصـــل

الْوَكالَةُ جائِزَة مِنَ الجَانِبَيْنِ فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكِّلُ في حُضُورِهِ أَوْ قالَ رَفَعْتُ الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتُهَا أَوْ أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا انْعَزَلَ فَإِنْ عَزَلَـهُ وَهُوَ غَـائِبٌ انْعَزَلَ في الحَـالِ ، وَفي قَوْل لاَ حَتَّى يَبْلُغَهُ الخَبَرُ ،

فصـل : الوكالة

ولو بجعل (**جائزة من الجـانبين**) أي من جانب المـوكل ؛ لأنـه قد يـرى المصلحة في ترك ما وكـل فيه أو في تـوكيل آخـر ، ومن جانب الـوكيل ؛ لأنـه قد لا يتفـرّغ فيكون اللزوم مضرًّا بهما ، هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجـار ، فإن كـان بأن عقـد بلفظ الإجارة فهـو لازم ، وهذا لا يحتاج إلى استثنائه وإن عقدت بلفظ الوكـالة وشـرط فيها جعـل معلوم . قال الرافعي : فيمكن بناؤه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها ، وهذان الاحتمالان نقلهما الروياني وجهين وصحح منهما الأوّل على القاعدة الغالبة في ذلك ، وهو المعتمـد كما جـزم به الجويني في مختصره ، لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة ، وعلى هذا أيضاً لا يحتاج إلى استثنائه (**فإذا عزله الموكل في حضوره**) أي أتى بلفظ العزل خاصـة (**أو قال**) في حضـوره : (**رفعت الـوكالـة أو أبطلتهـا**) أو أزلتها أو فسختهـا أو نقضتها أو صـرفتها (**أو أخـرجتك منهـا انعزل**) منها لدلالة كلٍّ من الألفاظ المذكورة عليه (**فإن عزله وهو غائب انعـزل في الحال**) ؛ لأنه رفع عقد لا يعتبر فيـه الرضـا فلا يحتـاج إلى العلم كالـطلاق ، وقياساً على ما لـو وكل أحـدهمـا والآخـر غـائب (**وفي قـول : لا**) ينعـزل (**حتى يبلغـه الخبـر**) ممن تقبـل روايتـه كالقاضي ، وفرّق الأوّل بتعلق المصالح الكلية بالقاضي فيعظم الضرر بنقض الأحكـام وفساد الأنكحة وغير ذلك بخلاف الوكيل . قال الإسنوي : ومقتضاه أن الحاكم في واقعـة خاصـة حكمه حكم الوكيل اهـ . قال ابن شهبة: ومقتضاه أيضاً أن الوكيل العام كـوكيل السلطان لا ينعزل قبل بلوغ الخبر لعموم نظره كالقاضي ولم يذكروه اهـ ، وربما يلتزم ذلك ، ولا يصدق موكله بعد التصرّف في قوله : كنت عزلته إلا ببينة فينبغي له أن يشهد على عـزله ، ولـو تلف المال في يده بعد عزله لم يضمنه ، ولو باعه جاهلاً بعزله فالبيع باطل ، فإن أسلمه للمشتري ضمنه كالوكيل إذا قتـل بعد العفـو تلزمه الـدية والكفـارة خلافـاً لما بحثـه الرويـاني من عدم الضمان ، ولو عزل المودع الوديع ، وهو غائب لم ينعزل حتى يبلغه الخبر ، وفرّق بينه وبين الوكيل بـأن الوديـع أمين والوكيـل يتصرّف ، والعـزل يمنع صحـة التصرّف ، ولـذلك قلنـا :

وَلَوْ قَالَ عَـزَلْتُ نَفْسِي أَوْ رَدَدْتُ الْوَكَـالَةَ انْعَـزَلَ ، وَيَنْعَزِلُ بِخُـرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي الأَصَحِّ ،

الـوكيل بـاق على أمانتـه بعد عـزله كمـا مرّ ، وذكـر الرافعي في العـارية أنـه لو عـزل المعير المستعير لم ينعزل حتى يبلغه الخبر ، ولـو عزل أحـد وكيليه مبهمـاً لم يتصرّف واحـد منهما حتى يميز للشكّ في أهليته **(ولو قال)** الوكيل **(عزلت نفسي أو رددت الوكالـة)** أو فسختها أو خرجت منها أو نحو ذلك كـأبطلتهـا **(انعزل)** لـدلالة ذلـك عليه ، وإن كـانت صيغة المـوكل صيغة أمر ، وقيل إن كانت صيغته صيغة أمـر كأعتق وبـع لم ينعزل ؛ لأن ذلـك إذن وإباحـة فأشبه ما لو أباح الطعام لغيره فإنه لا يرتدّ برد المباح له ، وعلى الأوّل ، فإن قيل كيف ينعزل بذلك مع قولهم لا يلزم من فساد الوكالة فساد التصرّف لبقاء الإذن . أجيب بأن العـزل أبطل مـا صدر من المـوكل من الإذن في التصـرّف ، فلو قلنا : لـه التصرّف لم يفـد العـزل شيئـاً بخلاف المسألة المستشهد بها فإنه إذا فسد خصوص الوكالة لم يوجد ما ينافي عموم الإذن ، ولا فرق بين أن يكون الموكل غائباً أو حاضراً ؛ لأنه قطع للعقـد فلا يفتقـر إلى حضور مَن لا يعتبـر رضاه كـالطلاق . قـال الأذرعي : ولو علم الـوكيل أنـه لو عـزل نفسه في غيبـة مـوكله لاستملك المال قاض جائر أو غيره فينبغي أن يلزمه البقاء على الوكـالة إلى حضـور موكله أو أمينه على المال كما سيأتي في الوصي اهـ .

تنبيـه : يستثنى من إطلاق المصنف ما لـو وكل السيـد عبده في تصـرّف مالي فـإنه لا ينعـزل بعزل نفسـه ؛ لأنه من الاستخـدام الواجب **(وينعـزل)** أيضاً **(بخـروج أحـدهمـا)** أي الموكل والوكيل **(عن أهلية التصرّف بموت أو جنون)** وإن زال عن قرب ؛ لأنه لو قارن منـع الانعقاد فإذا طرأ قطعه . قال في المطلب : والصواب أن الموت ليس بعزل بل تنتهي الوكالة به كالنكاح . قال الزركشي : وفائدة عزل الوكيل بموته انعـزال مَن وكله عن نفسه إن جعلنـاه وكيلاً عنه اهـ ، وقيل لا فائدة لذلـك في غير التعـاليق **(وكذا إغمـاء)** ينعزل بـه **(في الأصحّ)** إلحاقاً له بالجنون ، والثاني : لا ينعزل ؛ لأنه لم يلتحق بمَن يـولى عليه ، واختـاره السبكي تبعاً للإمام وغيره ، وعلى الأوّل يستثنى الوكيل في رمي الجمار فإنه لا ينعزل بإغماء المـوكل كما مرّ في الحج ، ومن الواضح أنه لا ينعزل بالنوم وإن خرج به عن أهلية التصرّف .

تنبيـه : لـو اقتصر المصنف على قـوله بخـروج أحدهمـا عن أهلية التصـرّف ، لكـان أخصر وأشمل ليشمـل ما لـو حجر عليـه بسفه أو فلس أو رقّ فيمـا لا ينفذ منـه أو فسق فيما

وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ الْمُوَكِّلِ ،وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي الإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ ، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ انْعَزَلَ ،

العدالة شرط فيه ، وينعزل أيضاً **(وبخروج محل التصرّف عن ملك الموكل)** بالبيع ونحوه كإعتاق ما وكل فيه ، لاستحالة بقاء الولاية والحالة هذه ، ولو عاد إلى ملكه لم تعد الوكالة ، ومثل خروجه عن ملكه ما لو أجره أو كاتبه لإشعاره بالندم على البيع ، وكذا الإيصاء والتدبير وتعليق العتق كما بحثه البلقيني وغيره ، وبالرهن مع القبض كما قال ابن كج . قال الشيخان : وكذا بتزويج الجارية ، فمن المتأخرين مَن أخذ بمفهوم ذلك وقال : بخلاف العبد كما أفهمه كلام الشيخين ، ومنهم مَن جعله مثالاً وقال : العبد كالأمة ، واعتمده شيخي ، وهو الظاهر إذ لا فرق بين الجارية والعبد في ذلك ، وهذه الصور قد ترد على المصنف ؛ لأن محل التصرّف لم يخرج عن ملك الموكل ، ولا ينعزل بتوكيل وكيل آخر ولا بالعرض على البيع ، وفي عزل الوكيل بطحن الموكل الحنطة الموكل ببيعها وجهان ، وقضية ما في التتمة كما قال الأذرعي وغيره الانعزال هذا إذا ذكر اسم الحنطة ، وإلا فالأوجه أنه لا ينعزل كما هو قضية كلام الروضة ، ولو وكل عبده في تصرّف ثم أعتقه أو باعه أو كاتبه انعزل ؛ لأن إذن السيد له استخدام كما مرّ لا توكيل ، وقد زال ملكه عنه ، بخلاف ما لو وكل عبد غيره فباعه سيده أو أعتقه أو كاتبه فإنه لا ينعزل بذلك لكن يعصي العبد بالتصرف إن لم يأذن له مشتريه فيه ؛ لأن منافعه صارت مستحقة له **(وإنكار الوكيل الوكالة لنسيان)** لها **(أو لغرض)** له **(في الإخفاء)** كخوف أخذ ظالم المال الموكل فيه **(ليس بعزل)** لعذره **(فإن تعمد)** إنكارها **(ولا غرض)** له فيه **(انعزل)** بذلك ؛ لأن الحجد حينئذ ردّ لها ، والموكل في إنكارها كالوكيل في ذلك ، وما أطلقه الشيخان في التدبير من حجد الموكل أنه يكون عزلاً محمول كما قال ابن النقيب على ما هنا .

فروع : لو وكله ببيع عبد أو شرائه لم يعقد على بعضه لضرر التبعيض . نعم إن باع البعض بقيمة الجميع صحّ كما ذكره المصنف في تصحيحه هذا إن لم يعين المشتري كما قاله الزركشي ، وإلا لم يصحّ لقصده محاباته ، ولو أمره أن يشتري بالعبد ثوباً فاشتراه ببعضه جاز ، ولو قال له : بع هؤلاء العبيد أو اشترهم جاز له أن يفرّقهم في عقود وأن يجمعهم في عقد . نعم إن كان الأحظ في أحدهما تعين ، ولو قال : بعهم أو اشترهم صفقة لم يفرقها لمخالفة أمره ، أو قال : بعهم بألف لم يبع واحداً بأقلّ من ألف لجواز أن لا يشتري أحد الباقين بباقي الألف ، فإن باعه بألف صحّ ، وله بيع الباقين بثمن المثل ، ولو قال له :

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا أَوْ صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ وَكَّلْتَنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوِ الشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ ، فَقَالَ بَلْ نَقْداً أَوْ بِعَشَرَةٍ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ ، وَلَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ فَقَالَ بَلْ بِعَشَرَةٍ وَحَلَفَ ، فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ وَقَالَ بَعْدَهُ اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ،

اطلب حقي من زيد ، فمات زيد لم يطالب وارثه ؛ لأنه غير المعين ، أو اطلب حقي الذي على زيد طالب وارثه ، ولو قال له : أبرىء غرمائي لم يبرىء نفسه ؛ لأن المخاطب لا يدخل في عموم أمر المخاطب له على الأصح فإن قال : وإن شئت فأبرىء نفسك فله ذلك كما لو وكل المديون بإبراء نفسه ، ولو قال : أعط ثلثي للفقراء صحّ أو لنفسك لم يصحّ لتولي الطرفين ، ولو قال له : بع هذا ثم هذا لزمه الترتيب امتثالاً لأمر موكله ، ولو وكله في شراء جارية ليطأها لم يشتر له من تحرم عليه كأخته ، ولو بلغه أن زيداً وكله فإن صدق المخبر تصرف وإلا فلا **(وإذا اختلفا في أصلها)** بأن قال : وكلتني في كذا فقال : ما وكلتك **(أو صفتها بأن قال : وكلتني في البيع نسيئة أو الشراء بعشرين)** مثلاً **(فقال)** الموكل : **(بل نقداً أو بعشرة صدق الموكل بيمينه)** ؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل ؛ ولأن الموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه ، وصورة المسألة الأولى كما قال الفارقي : إذا كان بعد التصرّف أما قبله فلا فائدة في الخصومة ؛ لأنه إذا ادّعى عليه فأنكر الموكل الوكالة انعزل فلا حاجة لقولنا القول قوله بيمينه .

تنبيه : قوله : صدق الموكل بيمينه فيه تسمح ؛ لأنه في الأولى ليس بموكل إلا أن يراد أنه موكل بزعم الوكيل **(ولو اشترى)** الوكيل **(جارية بعشرين)** درهماً مثلاً وهي تساوي عشرين فأكثر ، **(وزعم أن الموكل أمره)** بالشراء بها **(فقال)** الموكل : **(بل)** أذنت **(بعشرة ، و)** لا بينة لواحد منهما أو لكل منهما بينة وتعارضتا **(حلف)** الموكل ، ثم ينظر **(فإن اشترى)** الوكيل الجارية **(بعين مال الموكل وسماه في العقد)** وقال : المال له **(أو)** لم يسمه لكن **(قال بعده)** أي العقد : **(اشتريته)** أي المذكور ، والأولى اشتريتها : أي الجارية **(لفلان والمال له وصدّقه البائع)** فيما ادّعاه أو قامت بذلك بينة **(فالبيع باطل)** في الصورتين ؛ لأنه ثبت بتسمية الوكيل في الأولى وتصديق البائع أو البينة في الثانية : أن المال والشراء لغير العاقد وثبت بيمين مَن له المال أنه لم يأذن في الشراء بذلك القدر فيلغو الشراء والجارية لبائعها وعليه ردّ ما أخذه .

وَإِنْ كَـذَّبَهُ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِـالـوَكَـالَـةِ،وَوَقَـعَ الشِّـرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، وَكَذَا إِنِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَـهُ الْبَائِـعُ فِي الأَصَحِّ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشِّرَاءُ ، وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَـاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالمُوَكِّلِ لِيَقُـولَ لِلْوَكِيلِ إِنْ كُنْتُ

تنبيـه : محـل البطلان فيمـا ذكر إذا لم يـوافق البائـع المشتـري على وكـالتـه بـالقـدر المذكور ، وإلا فالجارية باعتراف البائع ملك للموكل ، فيأتي فيه التلطف الآتي كما نبّه عليه البلقيني **(وإن كذبه)** البائع في الصورة الثانية فيما قال بأن قال : إنما آشتريت لنفسك والمال لك ولست وكيلاً في الشراء المذكـور ولا بينة **(حلف على نفي العلم بـالوكـالة)** النـاشئة عن التوكيل وإلا فهو ليس وكيلاً في زعم البـائع . فـإن قيل كيف يستقيم الحلف على نفي العلم والحلف إنما يكون على حسب الجواب وهو إنما أجاب بـالبيت وكيف يصح أيضـاً الاقتصار على تحليفه على نفي الوكالة مع أنه لو أنكرها واعترف بأن المال لغيره كان كـافياً في إبـطال البيع فينبغي الحلف عليهما كمـا يحنث بهما جميعـاً ، بل يكفي التحليف على المـال وحده لما ذكرنا ؟ . أجيب عن الأوّل بأن تحليفـه على البتّ يستلزم محذوراً وهـو تحليفه على البت في فعل الغير ؛ لأن معنى قوله لست وكيلاً فيما ذكر أن غيرك لم يـوكلك ، وعلى الثاني بـأنه إنما حلف على نفي العلم بالوكالة خاصة ؛ لأنها على خلاف الأصل والمال للوكيل بمقتضى الأصل وهو ثبوت يده عليه فلم تقبل دعواه أنه للغير بما يبـطل به حق البـائع **(ووقـع الشراء للوكيل)** ظاهراً ويسلم إلى البائع الثمن المعين ويردّ للموكل بدله **(وكذا)** يقع الشـراء للوكيل ظاهراً **(إن اشترى في الذمة ولم يسم الموكل)** في العقد بأن نواه وقال : اشتريت لـه والمال له وكذبه البائع فحلف كما مرّ ، وظاهر أنه لـو صدّقـه البائـع بطل الشـراء كما قـاله القمـولي لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وثبوت كونه بغير إذنـه بيمينه ، وكـأنهم سكتوا عنـه ؛ لأن الغالب أنه إذا لم يسم المـوكل لا يتصـوّر معه ذلـك **(وكذا)** يقـع الشراء للوكيـل ظاهـراً **(إن سمـاه وكذبـه البائـع في الأصح)** بـأن قـال لـه : أنت مبـطل في تسميتـك ولم تكن وكيله ، والوجهان هنا هما الوجهان المتقدّمان في قول المصنف ، وإن سماه فقال البائع : بعتك الخ وقد مرّ تعليلهما **(وإن صدّقه)** البائـع في التسمية **(بـطل الشراء)** لاتفـاقهما على وقـوع العقد للموكل وثبت كونه بغير إذنه بيمينه ، وإن سكت عن تصديقه وتكذيبه وقع الشراء للوكيل كما يؤخذ من قول المصنف وإن سماه فقال البائع : بعتك الخ **(وحيث حكم بالشراء للوكيل)** مع قوله إنـه للموكـل **(يستحب للقاضي أن يـرفق)** أي يتلطف **(بالمـوكل ليقـول للوكيل إن كنت**

أَمَرْتُكَ بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِها،وَيَقُولُ هُوَ اشْتَرَيْتُ لِتَحِلَّ لَهُ وَلَوْ قَالَ أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ المَأْذُونِ فِيهِ وَأَنْكَرَ المُوَكِّلُ صُدِّقَ المُوَكِّلُ، وَفي قَوْلٍ الْوَكِيلُ ، وَقَوْلُ الْوَكِيلِ في تَلَفِ المَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ وَكَذَا في الرَّدِّ ،

أمرتك) بشراء جارية **(بعشرين فقد بعتكها بها)** أي بالعشرين **(ويقول هو : اشتريت لتحلّ له)** باطناً إن كان صادقاً في أنه أذن له بعشرين ، ولا يضرّ التعليق المذكور في صحة البيع للضرورة إليه ولأنه تصريح بمقتضى العقد ، فإنه لو قال : بعتك كان معناه إن كنت أذنت فأشبه قوله : بعتك إن شئت ، وليس لنا بيع يصح مع التعليق إلا في هذه ، فإن نجز الموكل البيع صحّ قطعاً ولا يكون ذلك إقراراً بما قاله الوكيل ؛ لأنه يقوله بأمر الحاكم للمصلحة وإن لم يجب الموكل إلى ما ذكر أو لم يسأله القاضي . فإن كان الوكيل صادقاً فهي للموكل وعليه للوكيل الثمن وهو لا يؤديه وقد ظفر الوكيل بغير جنس حقه وهو الجارية ، فله بيعها وأخذ ثمنها ، وإن كان كاذباً لم يحلّ له وطؤها ولا التصرف فيها ببيع أو غيره إن كان الشراء بعين مال الموكل لبطلانه ، وفي هذه يحتاج القاضي إلى التلطف بالبائع مع التلطف بالموكل وإن كان في الذمة حلّ ما ذكر للوكيل لوقوع الشراء له ، وذكر المتولي كما في الروضة وأصلها : أنه إذا كان كاذباً والشراء بالعين أنه يكون كما لو كان صادقاً فيكون قد ظفر بغير جنس حقه لتعذر رجوعه على البائع بحلفه **(ولو قال)** الوكيل **(أتيت بالتصرّف المأذون فيه)** من بيع أو غيره **(وأنكر الموكل)** ذلك **(صدق الموكل)** بيمينه ؛ لأن الأصل عدم التصرّف وبقاء ملك الموكل **(وفي قول)** يصدق **(الوكيل)** ؛ لأن الموكل قد ائتمنه فعليه تصديقه ، ومحل الخلاف ، إذا وقع النزاع قبل العزل وإلا فالمصدّق الموكل قطعاً ؛ لأن الوكيل غير مالك لإنشاء التصرّف حينئذ ، ولو اتفقا على التصرّف ولكن قال الموكل : عزلتك قبله وقال الوكيل : بل بعده فكنظيره من الرجعة وسيأتي **(وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه)** ؛ لأنه أمين كالمودع فلا بدّ فيه من التفصيل المذكور في الوديعة كما أشار إليه الرافعي في كتاب الرهن .

تنبيه : مقصود المصنف عدم الضمان ولو لم يصرّح به وإلا فالغاصب وكل مَن يده ضامنة يقبل قوله في التلف **(وكذا)** يقبل قوله **(في الردّ)** على الموكل ؛ لأنه ائتمنه ، ولا فرق بين أن يكون بجعل أو لا؛ لأنه إن كان بغير جعل فقد أخذ العين بمحض غرض المالك فأشبه المودع ، وإن كان بجعل ؛ فلأنه إنما أخذ العين لنفع المالك وانتفاعه هو إنما هو

وَقِيلَ إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلَا ، وَلَوِ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ قَالَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلِفَ ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، وَإِلَّا فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

بالعمل في العين لا بالعين نفسها ، ولا فرق بين أن يكون قبل العزل أو خلافاً لما في المطلب **(وقيل إن كان)** وكيلاً **(بجعل فلا)** يقبل قوله في الردّ ؛ لأنه أخذ العين لمصلحة نفسه فأشبه المرتهن ، وفرق الأوّل ، بأن المرتهن تعلقه بالمرهون قويّ بدليل تعلقه ببدله عند التلف بخلاف الوكيل .

تنبيه : محل قبول قول الوكيل في الردّ ما لم تبطل أمانته . أما لو طالبه الموكل فقال : ما قبضته منك ، فأقام الموكل البينة على قبضه ، فقال الوكيل : رددته إليك أو تلف عندي ضمنه ولا يقبل قوله في الردّ ، لأنه بطلت أمانته بالجحود وتناقضه ودعوى الجابي تسليم ما جباه إلى الذي استأجره على الجباية مقبول أيضاً **(ولو ادّعى)** الوكيل **(الردّ على رسول الموكل وأنكر الرسول صدق الرسول)** بيمينه ، لأنه لم يأتمنه ، فلا يقبل قوله عليه **(ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل)** في ذلك **(على الصحيح)** ؛ لأنه يدّعي الردّ على مَن لم يأتمنه فليقم البينة عليه . والثاني : يلزمه ؛ لأنه معترف بإرساله ويد رسوله كيده ، فكأنه آدّعى الردّ عليه ، ولو صدقه الموكل على الدفع إلى رسوله لم يغرم الوكيل كما قاله الأذرعي إنه الأصحّ ، ولو اعترف الرسول بالقبض وآدّعى التلف في يده لم يلزم المالك الرجوع إليه ؛ لأن الأصل عدم القبض **(ولو قال : قبضت الثمن)** حيث يجوز له قبضه بأن وكل في البيع مطلقاً أو مع قبض الثمن **(وتلف)** في يدي أو دفعته إليك **(وأنكر الموكل)** قبض الوكيل له **(صدق الموكل إن كان)** الاختلاف **(قبل تسليم المبيع)** ؛ لأن الأصل بقاء حقه وعدم القبض **(وإلا)** ، بأن كان بعد تسليم المبيع **(فالوكيل)** هو المصدّق بيمينه **(على المذهب)** ، لأن الموكل ينسبه إلى تقصير وخيانة بتسليم المبيع قبل القبض ، والأصل عدمه ، وفي وجه أن المصدّق الموكل ؛ لأن الأصل بقاء حقه . والطريق الثاني في المصدّق منهما في الحالين القولان في دعوى الوكيل التصرّف وإنكار الموكل ، فلو أذن له في التسليم قبل القبض ، أو في البيع بمؤجل ، أو في القبض بعد الأجل فهو كما قبل التسليم ، إذ لا خيانة بالتسليم ، وإذا صدّقنا الوكيل فحلف ففي براءة المشتري وجهان أصحهما كما قال البغوي لا يبرأ ، لأن

وَلَوْ وَكلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقالَ قَضَيْتُهُ وَأَنْكرَ المسْتَحِقُّ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ المَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ ،

الأصل عدم القبض ، وإنما قبلنا قول الوكيل في حقه لائتمانه إياه ، وعلى نقل هذا اقتصر الرافعي في الشرح الصغير ، ورجح الوجه الآخر الإمام ، ونقله ابن الرفعة عن القاضي حسين ، وصححه الغزالي في بسيطه ، ولو قال الموكل للوكيل : قبضت الثمن فآدفعه إليّ ، فقال الوكيل : لم أقبضه صدق الوكيل بيمينه وليس للموكل مطالبة المشتري به لاعترافه ببراءة ذمته ولا مطالبة الوكيل بعد حلفه إلا إن سلم الوكيل المبيع بلا إذن فإنه يغرم للموكل قيمة المبيع للحيلولة لاعترافه بالتعدّي بتسليمه قبل القبض فلا يشكل بكون القيمة أكثر من الثمن الذي لا يستحق غيره (ولو) دفع إلى شخص مالاً ، و (وكله بقضاء دين) عليه (فقال قضيته) به (وأنكر المستحق) قضاءه (صدق المستحق بيمينه) ، لأنه لم يأتمن الوكيل حتى يلزمه تصديقه ؛ ولأن الموكل لو ادّعى القضاء لم يصدّق ؛ لأن الأصل عدم القضاء فكذا نائبه ، وإذا حلف المستحق طالب الموكل بحقه لا الوكيل (والأظهر أنه لا يصدّق الوكيل على الموكل إلا ببينة) أو شاهد ويحلف معه ؛ لأنه وكله في الدفع إلى مَن لم يأتمنه فكان من حقه الإشهاد عليه ، وعلى هذا فيأتي فيه ما سبق في رجوع الضامن من الاكتفاء بالمستور وبالواحد من التفصيل بالأداء بين الحضرة والغيبة وقبول قول الموكل بيمينه في أنه لم يحضر وغير ذلك مما مرّ . والثاني : يصدق عليه ؛ لأن الموكل قد ائتمنه فأشبه ما لو ادّعى الردّ عليه (وقيم اليتيم إذا ادّعى دفع المال إليه بعد البلوغ) والرشد (يحتاج إلى بينة على الصحيح) ؛ لأنه لم يأتمنه حتى يكلف تصديقه ، وكذا وليّ السفيه إذا ادّعى الدفع إليه بعد رشده ويخالف ذلك الإنفاق ؛ لأنه يعسر إقامة البينة عليه . والثاني : يقبل قوله مع يمينه ؛ لأنه أمين فأشبه المودع وأما الوصي فقد ذكره المصنف في آخر الوصية وجزم فيه بأنه لا يصدق . قال الإسنوي ولو عكس المصنف كما فعل الماوردي فجزم في القيم بعدم التصديق ، وتردّد في الوصي لكان أولى ؛ لأن الوصيّ أقرب إلى التصديق ، لأن الأب أو الجدّ أقامه مقام نفسه اهـ ، وردّ عليه بأن ما فعله المصنف أولى ؛ لأن القيم في معنى القاضي ، فكان أعلى مرتبة وأقرب إلى التصديق ، وهذا الردّ مردود ؛ لأن الأب والجدّ أعلى مرتبة من القاضي .

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلَا مُودَعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ المَالِكِ لَا أَرُدُّ المَالَ إلَّا بِإشْهَادٍ في الأَصَحِّ ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ في الرَّدِّ ذٰلِكَ ،

تنبيه : مراد المصنف بقيم اليتيم كما قال الإسنوي منصوب القاضي فقط ، وهو آصطلاح الإمام والرافعي وغيرهما خلافاً لابن الملقن في قوله : هو مَن يقوم بأمره أباً كان أو جداً أو وصياً أو حاكماً إذ لا يتمّ مع الأب والجدّ في معناه ، وعلى هذا لم يتعرّض الشيخان للأب والجدّ ، والمشهور فيهما كما قاله في المطلب عدم القبول أيضاً ، وإن جزم السبكي بقبول قولهما تبعاً للماوردي ، وقضية كلام الحاوي أن الحاكم كالأب ، وألحقه أبو الطيب بالوصي وهو قضية كلام التنبيه قال الأذرعي : وعلى تقدير أن يقبل قوله : فيجب أن يكون ذلك في القاضي العدل الأمين كما ذكره الأصحاب في باب الوديعة بل لا يجوز لغير الأمين وضع يده على مال اليتيم ونحوه اهـ والمجنون كاليتيم والإفاقة كالبلوغ (**وليس لوكيل ولا مودع**) ولا غيرهما ممن يقبل قوله في الردّ كالشريك وعامل القراض (**أن يقول بعد طلب المالك**) ماله (**لا أردّ المال إلا بإشهاد في الأصحّ**) ؛ لأن قوله في الردّ مقبول بيمينه فلا حاجة إليه ، والثاني : له ذلك حتى لا يحتاج إلى يمين ، فإن الأمناء يحترزون عنها ما أمكنهم (**وللغاصب ومَن لا يقبل قوله في الردّ ذلك**) أي التأخير إلى الإشهاد كما أشار إليه المصنف من عدم قبول قوله سواء أكان عليه بينة بالأخذ أم لا ، وقيل : إن لم يكن عليه بينة بالأخذ ليس له طلب الإشهاد لتمكنه من أن يقول : ليس له عندي شيء ويحلف عليه ، وردّ بأنه ربما رفعه إلى قاض يرى الاستفصال كالمالكي فيسأله هل هو غصب أو لا ؟ . فإن قيل التوبة واجبة على الفور من الغصب ، وهي لا تحصل إلا بردّ المغصوب فكيف يجوز التأخير لطلب الإشهاد ؟ . أجيب بأن ذلك لأجل الضرورة لأنه ربما طولب به ثانياً .

تنبيه : تعبير المصنف بالردّ لا يشمل مَن عليه الدين كالمقترض ، وحكمه حكم مَن لا يقبل قوله في الردّ ، فلو عبر بالدفع لشمله (**ولو قال رجل**) لمَن عنده مال لمستحقه : (**وكلني المستحقّ بقبض ما له عندك من دين أو عين وصدقه**) من عنده المال في ذلك (**فله دفعه إليه**) ؛ لأنه محقّ بزعمه ، فإن سلم إليه الحقّ فأنكر المستحقّ وكالته ، فإن كان عيناً وبقيت أخذها أو أخذها الدافع وسلمها إليه ، فإن تلفت طالب ببدلها من شاء منهما ، ومن غرم منهما لا يرجع على الآخر لاعترافهما أن الظالم غيرهما فلا يرجع إلا على ظالمه إلا إن قصر القابض لها فتلفت ، وغرم المستحق الدافع لها فإنه يرجع على القابض : لأنه وكيل

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ وَكَّلَنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَالِهِ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ فَلَهُ دَفعُهُ إِلَيْهِ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ ، وَلَوْ قَالَ أَحَالَنِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الأَصَحِّ. قُلْتُ: وَإِنْ قَالَ أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

عنده والوكيل يضمن بالتقصير ، وكذا يرجع عليه كما في الأنوار إن شرط الضمان عليه إن أنكر المالك ، وإن كان الحق ديناً لم يطالب به المستحقّ إلا غريمه ، لأن القابض فضولي بزعمه والمقبوض ليس حقه وإنما هو مال المديون ، وإذا غرمه فله استرداده من القابض إن كان باقياً لأنه مال من ظلمه وقد ظفر به وإن كان تالفاً ، فإن كان بلا تفريط لم يغرمه وإلا غرمه ، هذا كله إن صرّح بتصديقه في دعواه الوكالة كما هو فرض المسألة ، وإلا فله مطالبته والرجوع عليه بما قبضه منه ديناً كان أو عيناً ، وقد علم من هذا التفصيل أنه لا فرق بين أن يكون المدّعى به ديناً أو عيناً فيجوز له دفعه عند التصديق ، وإن قيده بعض المتأخرين من عند نفسه بالدين ، ولا يقال : إن ذلك تصرّف في ملك الغير بغير إذنه إذ غلبة الظنّ في ذلك كافية **(والمذهب أنه لا يلزمه)** الدفع إليه **(إلا ببينة على وكالته)** لاحتمال إنكار المستحقّ لها . والطريق الثاني : فيه قولان : أحدهما هذا وهو المنصوص ، والثاني : وهو مخرج من مسألة الوارث الآتية يلزمه الدفع إليه بلا بينة لاعترافه باستحقاقه الأخذ **(ولو قال)** لمَن عليه دين : **(أحالني)** مستحقه **(عليك)** به وقبلت الحوالة **(وصدقه)** في ذلك **(وجب الدفع)** إليه **(في الأصحّ)** ؛ لأنه اعترف بانتقال الحق إليه ، والثاني لا يجب إلا ببينة لاحتمال إنكار صاحب الحق الحوالة .

تنبيه : جحد المحيل الحوالة كجحد الموكل الوكالة كذا قالاه ، ولا يخفى أن الدافع مصدّق للقابض على أن ما قبضه صار له بالحوالة ، وإن المستحق ظلمه فيما أخذه منه ، فينبغي كما قال شيخنا : أن لا يرجع على القابض فتخالف الحوالة الوكالة في ذلك **(قلت : وإن قال)** لمَن عنده حق لمستحقه ، **(أنا وارثه)** المستغرق لتركته كما قيده في الكفاية أو وصى له أو موصى له منه **(وصدقه)** من عنده الحق في ذلك **(وجب الدفع)** إليه **(على المذهب ، والله أعلم)** ؛ لأنه اعترف بانتقال الحق إليه ، والطريق الثاني فيه قولان : أحدهما هذا وهو المنصوص . والثاني : وهو مخرج من مسألة الوكيل السابقة لا يجب الدفع إليه إلا ببينة على إرثه لاحتمال أنه لا يرثه الآن لحياته ويكون ظنّ موته خطأ ، وإذا سلمه ثم ظهر

المستحق حياً وغرمه رجع الغـريم على الوارث والـوصي والموصى لـه بما دفعـه إليهم لتبين كذبهم بخلاف صـور الوكـالة لا رجـوع فيها في بعض صـورها كمـا مرّ ؛ لأنـه صدقـه على الوكالة وإنكار المستحقّ لا يرفع تصـديقه وصـدّق الوكيـل لاحتمال أنـه وكله ثم جحد وهـذا بخلافه .

خاتمـة : لو صدّق الموكـل بقبض دين أو استرداد وديعـة أو نحوه مـدّعي التسليم إلى وكيله المنكر لذلك لم يغرم الموكل مدّعي التسليم بترك الإشهاد ، ويفارق ما لو ترك الوكيـل بقضاء الدين الإشهاد حيث يغرمه الموكل بأن الوكيل يلزمه الاحتياط للموكل ، فإذا تركه غرم بخلاف الغريم ، ويجوز عقد النكاح والبيع ونحوهما بالمصادقة على الوكالة به ثم بعد العقد إن كذب الوكيل نفسه لم يؤثـر وإن وافقه من وقـع العقد لـه ؛ لأن فيه حقـاً للموكـل إلا أن يقيم مَن وقع له العقد بينة بإقراره أنه لم يكن مأذوناً له في ذلك فيؤثر فيه .

كِتَابُ ٱلإِقْرَارِ

يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ ، وَإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ لاَغٍ ،

كِتَابُ ٱلإِقْرَار

هو لغة الإثبات من قولهم : قرّ الشيء يقرّ قراراً إذا ثبت ، وشرعاً إخبار عن حقّ ثابت على المخبر ، فإن كان بحقّ له على غيره فدعوى أو لغيره على غيره فشهادة . هذا إذا كان خاصاً فإن اقتضى شيئاً عاماً ، فإن كان عن أمر محسوس فهو الرواية ، وإن كان عن حكم شرعي فهو الفتوى ، ويسمى الإقرار اعترافاً أيضاً . والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : ﴿أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا : أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران : ٨١] وقوله تعالى : ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء : ١٣٥] قال المفسرون : شهادة المرء على نفسه هو الإقرار ، وخبر الصحيحين «ٱغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى ٱمْرَأَةِ هَذَا ، فَإِنِ ٱعْتَرَفَتْ فَٱرْجُمْهَا» والقياس ؛ لأنا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار فلأن نقبل الإقرار أولى ، وأجمعت الأمة على المؤاخذة به . وأركانه أربعة : مقرّ ومقرّ له وصيغة ومقرّ به ، وقد بدأ المصنف منها بالأوّل فقال (**يصحّ من مطلق التصرّف**) وهو المكلف الذي لا حجر عليه ، ويعتبر فيه أيضاً الاختيار ، وأن لا يكذبه الحس ولا الشرع كما سيأتي (**و**) على هذا (**إقرار الصبي والمجنون**) والمغمى عليه ، ومَن زال عقله بعذر كشرب دواء وإكراه على شرب خمر (**لاغ**) لامتناع تصرّفهم وسيأتي حكم السكران إن شاء الله تعالى في كتاب الطلاق .

تنبيه : الأصل أن مَن قدر على الإنشاء قدر على الإقرار ، ومن لا فلا ، واستثني من الأوّل إقرار الوكيل بالتصرف إذا أنكره الموكل فلا ينفذ وإن أمكنه إنشاؤه ، ومن الثاني إقرار المرأة بالنكاح ، والمجهول بحريّته أو رقه وبنسبه ، والمفلس ببيع الأعيان ، والأعمى بالبيع ونحوه ، والوارث بدين على مورثه ، والمريض بأنه كان وهب وارثه وأقبضه في الصحة ، فكلّ من هؤلاء يصحّ إقرارهم بما ذكر ولا يمكنهم إنشاؤه . قال ابن عبد السلام : قولهم من ملك الإنشاء ملك الإقرار هو في الظاهر ، أما في الباطن فبالعكس : أي لأنه إذا ملكه باطناً

فَإِنِ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالاحْتِلَامِ مَعَ الإِمْكَانِ صُدِّقَ وَلَا يُحَلَّفُ، وَإِنِ ادَّعَاهُ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ ، وَالسَّفِيهُ وَالمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ ،

فهو ملكه ، فليس له أن يقرّ به لغيره (**فإن ادّعى**) الصبي أو الصبية (**البلوغ بالاحتلام**) أو ادّعته الصبية بالحيض (**مع الإمكان**) له بأن كان في سنّ يحتمل البلوغ ، وقد مرّ بيان زمن الإمكان في بابي الحيض والحجر (**صدق**) في ذلك ؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته ، والمراد بالاحتلام الإنزال في يقظة أو منام (**ولا يحلف**) عليه ، وإن فرض ذلك في خصومة وادّعى خصمه صباه ليفسد معاملته ؛ لأنه إن كان صادقاً فلا حاجة إلى اليمين ، وإلا فلا فائدة فيها ، لأن يمين الصبي غير منعقدة ، ولو طلب غاز سهمه من المقاتلة وادّعى البلوغ بالاحتلام وجب تحليفه إن اتهم وأخذ السهم ، فإن لم يحلف لم يعط شيئاً . فإن قيل : هذه الصورة تشكل على ما قبلها . أجيب بأن الكلام فيما مرّ في وجود البلوغ في الحال ، وفي هذه في وجوده فيما مضى ، لأن صورتها أن تنازع الصبي بعد انقضاء الحرب في بلوغه حال الحرب . لكن يشكل على هذا ما لو طلب إثبات اسمه في الديوان فإنه يحلف ، والأولى في الجواب كما أفاده شيخي أن يقال : إن لم يرد مزاحمة غيره في حقه كطلب السهم أو لم يثبت له استحقاقاً كطلب إثبات آسمه في الديوان لم يحلف وإلا حلف ، وإذا لم يحلف فبلغ مبلغاً يقطع فيه ببلوغه . قال الإمام : فالظاهر أيضاً أنه لا يحلف على أنه كان بالغاً حينئذ ؛ لأنا إذا حكمنا بموجب قوله : فقد أنهينا الخصومة نهايتها ، وأقرّه الرافعي في الشرح الكبير ، وجزم به في الشرح الصغير من غير عزو (**وإن ادّعاه بالسنّ**) بأن قال : استكملت خمس عشرة سنة (**طولب ببينة**) عليه وإن كان غريباً لإمكانها ، ولو أطلق الإقرار بالبلوغ ولم يعين نوعاً ففي تصديقه وجهان في فتاوى القاضي : أوجههما كما اختاره الأذرعي الاستفسار : أي إن أمكن وإلا فالقبول ، وكذا إذا أطلقت البينة ، فإن قالت بالسن فلا بدّ من بيان قدره ، لأن البلوغ به مختلف فيه نبه عليه شيخي ، ولو أقرّ الرّشيد بإتلافه مالاً في صغره قبل كما لو قامت به بينة ، ومحله كما بحثه البلقيني إذا لم يكن على وجه لا يسقط عن المحجور عليه ، فإن كان كذلك كالمقترض فلا يؤاخذ به (**والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما**) في بابي الحجر والتفليس ، ومما لم يسبق إقرار المفلس بالنكاح ، وهو مقبول بخلاف السفيه فلا يقبل ، ويقبل إقرار السفيهة لمن صدّقها كالرشيدة ، إذ لا أثر للسفه من جانبها ، والفرق بين إقرار السفيهة والسفيه بذلك في إقرارها تحصيل مال وفي إقراره تفويته (**ويقبل إقرار الرقيق بموجب**) بكسر الجيم (**عقوبة**) كقصاص وشرب خمر وزنا

وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ ،

وسرقة بالنسبة إلى القطع لبعد التهمة في ذلك ؛ لأن النفوس مجبولة على حب الحياة وآلاحتراز عن الآلام . روي أن علياً قطع عبداً بإقراره ، ولو عفا مستحق القصاص على مال تعلق برقبة العبد وإن كذبه السيد .

فائدة : لا يصح الإقرار على الغير إلا هنا وفي إقرار الوارث بوارث آخر قاله صاحب التعجيز ، ويضمن مال السرقة في ذمته إن لم يصدّقه السيد يتبع به إذا عتق ، فإن صدّقه أخذ المال إن كان باقياً وإلا بيع في الجناية إن لم يفده السيد ولا يتبع بعد العتق بما زاد على قيمته ، إذ لا يجتمع التعلق بالرقبة مع التعلق بالذمة والدعوى عليه فيما يقبل إقراره به وإلا فعلى سيده ؛ لأن الرقبة المتعلق بها المال حقه ، فإن قال المدّعي : لي بينة فقيل تسمع الدعوى عليهما لانتفاء التهمة ، وهو ما نقله في الرّوضة هنا عن البغوي ، والرّاجح أنه لا تسمع على العبد كما في الدعاوى ، نبّه عليه الإسنوي وغيره ، وسيأتي ثمّ فيه زيادة بيان ، وإن أقرّ من نصفه حرّ مثلاً بدين إتلاف لزمه نصف ما أقرّ بإتلافه ، ولا يقبل إقراره على سيده إلا أن يصدّقه فيتعلق نصف ما أقرّ به بجزئه الرقيق ، والظاهر كما قال شيخنا : إن ما لزم ذمته في نصفه الرّقيق لا يجب تأخير المطالبة به إلى العتق ، لأنها إنما أخرت في كامل الرّق لعدم ملكه والبعض يملك **(ولو أقرّ بدين جناية لا توجب عقوبة)** أي حدّاً أو قصاصاً كجناية الخطأ والغصب والإتلاف **(فكذبه السيد تعلق بذمته دون رقبته)** للتهمة ويتبع به إذا عتق . أما ما أوجب عقوبة غير حدّ أو قصاص ، ففي تعلقه برقبته أقوال : أظهرها لا يتعلق أيضاً . قال الإسنوي : واحترازه عن ذلك الخلاف مع كونه لم يذكره غير مستقيم ، واحترز بقوله : فكذبه : أي أو سكت عما إذا صدّقه فإنه يتعلق برقبته ويباع ما لم يكن مرهوناً ولا جانياً إن لم يفده بأقلّ الأمرين من قيمته وقدر الدين ، فإذا بيع أو فداه السيد وقد بقي من الدين شيء لا يتبع بما زاد على قيمته إذا عتق ؛ لأنه إذا ثبت التعلق بالرقبة ، فكأنّ الحق انحصر فيها .

تنبيه : لا يقبل إقرار السيد على رقيقه بموجب عقوبة ولا بدين معاملة ، ويقبل إقراره عليه بدين جناية ويتعلق برقبته ، فلو بيع وبقي شيء لم يطالب به بعد العتق وإن صدّقه لما مرّ ، ولو أقرّ الرقيق بعد العتق بإتلاف مال لغيره قبل عتقه لزمه دون سيده ، فإن ثبت بالبينة ، أنه كان جنى لزم السيد الأقل من قيمته والأرش ، والدعوى على الرقيق بما يتعلق بذمته

وَإِنْ أَقَرَّ بِـدَيْنِ مُعَامَلَةٍ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُوناً لَهُ فِي التِّجَارَةِ ، وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ، وَيُـؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَـا فِي يَدِهِ، وَيَصِـحُّ إِقْـرَارُ الْمَـرِيضِ مَـرَضَ الْمَـوْتِ لأَجْنَبِيٍّ ، وَكَـذَا لِـوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

كدين معاملة لا تسمع كالدعوى عليه بالمؤجل (**وإن أقرّ بدين معاملة لم يقبل على السيد إن لم يكن مأذوناً له في التجارة**) ، بل يتعلق بذمته يتبع به إذا عتق وإن صدّقه السيد لتقصير من عامله بخلاف الجناية (**ويقبل**) على السيد (**إن كان**) مأذوناً له في التجارة لقدرته على الإنشاء (**ويؤدّي من كسبه وما في يده**) كما مر في بابه . نعم لو كان المأذون اشترى شراءً فاسداً أو أقر بما لا يتعلق بالتجارة كالقرض فلا يقبل على السيد ، لأن الإذن لم يتناول ذلك .

تنبيـه : محل قبول إقراره إذا لم يحجر عليـه السيد ، فلو أقـر بعد الحجـر عليه بـدين معاملة أضافه إلى الآذن لم تقبل إضافته . فإن قيل : إذ إقـرار المفلس بعد الحجـر في حق الغرماء مقبول ، فهلا كان هنا كذلك ؟. أجيب بـأن إقرار العبـد يؤدّي إلى فوات حق السيـد بخلاف غرماء المفلس إذ يبقى لهم الباقي في ذمـة المفلس ، ولو أطلق الإقـرار بالـدين قبل الحجر عليه لم يقبل على السيد ، ومحله كما قال الإسنوي وغيره : إذا تعـذرت مراجعتـه ، فإن أمكنت روجع ، وقـد ذكر المصنف في الـروضة هـذا الاستدراك في إقـرار المفلس وهو نظير مسألتنا ، وإقرار المكاتب في البـدن والمال كـالحرّ ، ويؤدّيـه مما في يـده . فإن عجـز نفسه ولا مال معه فديون معاملاته يؤدّيها بعد عتقـه ، وأرش جنايـاته في رقبتـه تؤدّى من ثمنه (**ويصـحّ إقرار المـريض مرض المـوت لأجنبيّ**) بمال عينـاً كان أو دينـاً كإقـرار الصحيـح . ويكون من رأس المال بالإجماع كما قالـه الغزالي ، ولـو أراد الوارث تحليف المقرّ له على الاستحقاق لم يكن له ذلك كما حكاه ابن الملقن وأقره (**وكذا**) يقبل إقـراره به (**لـوارث على المذهب**) كالأجنبي ؛ لأن الظاهر أنه محق ؛ لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر ، وفي قول لا يصح ؛ لأنه متهم بحرمان بعض الورثة ، والطريق الثاني : القـطع بالقبول ، ويجري الخلاف في إقرار الزوجة بقبض صداقها من زوجها في مـرض موتهـا وفي إقراره لوارث بهبة أقبضها له في حال صحته .

تنبيـه : الخلاف في الصحة ، وأما التحريم فعند قصد الحرمان لا شك فيه كما صرح به جمع : منهم القفـال في فتاويـه ، وقال : إنـه لا يحل للمقـر له أخـذه اهـ وإذا ادّعى بقية الورثة على المقرّ له أنه لا حقيقة لإقرار مورثهم له فاحلف أنـه أقر لـك بحق لازم كان يلزمـه

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ ، وَفِي مَرَضِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمِ الأَوَّلُ ، وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمِ الأَوَّلُ فِي الأَصَحِّ وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ ،

الإقرار به فعليه أن يحلف ، فإن نكل حلف بقية الورثة وقاسموه ، ولا يشكل ذلك بما تقدّم عن ابن الملقن ؛ لأن التهمة في الوارث أشدّ منها في الأجنبي ، ولذلك اختار الروياني مذهب مالك ، وهو أنه إن كان متهماً لم يقبل إقراره وإلا قبل . قال الأذرعي : وهو قوي ، وقد يغلب على الظنّ بالقرائن كذبه بل يقطع به في بعض الأحوال ، فلا ينبغي لمَن يخشى الله أن يقضي أو يفتي بالصحة مطلقاً وإن ساعده إطلاق الشافعي والأصحاب ، ولا شك فيه إذا علم أن قصده الحرمان . نعم لو أقر لمن لا يستغرق الإرث ومعه بيت المال فالوجه إمضاؤه في هذه الأعصار لفساد بيت المال اهـ والخلاف في الإقرار بالمال . أما لو أقرّ بنكاح أو عقوبة فيصح جزماً وإن أفضى إلى المال بالعفو أو بالموت قبل الاستيفاء لضعف التهمة **(ولو أقرّ في صحته بدين)** لإنسان **(وفي مرضه)** بدين **(لآخر لم يقدّم الأوّل)** بل يتساويان كما لو ثبتا بالبينة **(ولو أقرّ في صحته أو مرضه)** بدين لإنسان أو ثبت ببينة **(وأقرّ وارثه بعد موته)** بدين **(لآخر لم يقدّم الأوّل في الأصح)** ؛ لأن إقرار الوارث كإقرار المورث ، لأنه خليفته فكأنه أقرّ بدينين . والثاني : يقدّم الأوّل ؛ لأنه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرفها عنه . قال البلقيني : ولو أقرّ الوارث لمشاركه في الإرث وهما مستغرقان كزوجة وابن أقرّ لها بدين على أبيه وهي مصدّقة له ضاربت بسبعة أثمان الدين مع أصحاب الديون ، لأن الإقرار صدر ممن عبارته نافذة في سبعة أثمان ، فعملت عبارته فيها كعمل عبارة الحائز في الكل اهـ .

فروع : لو ادّعى إنسان على الوارث أن المورث أوصى له بثلث ماله مثلاً وآخر بأن له عليه ديناً مستغرقاً وصدّق الوارث مدّعي الوصية ثم مدّعي الدين المستغرق أو بالعكس أو صدّقهما معاً قدّم الدين كما لو ثبتا بالبينة ، ولو أقر المريض لإنسان بدين ولو مستغرقاً ثم أقرّ لآخر بعين قدّم صاحبها كعكسه ؛ لأن الإقرار بالدين لا يتضمن حجراً في العين بدليل نفوذ تصرفه فيها بغير تبرع ، ولو أقر بإعتاق أخيه في الصحة عتق وورث إن لم يحجبه غيره أو بإعتاق عبد في الصحة وعليه دين مستغرق لتركته عتق ، لأن الإقرار إخبار لا تبرع **(ولا يصح إقرار مكره)** بما أكره عليه لقوله تعالى : ﴿إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾ جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فبالأولى ما عداه . وصورة إقراره أن يضرب ليقر ، فلو ضرب ليصدّق

وَيُشْتَرَطُ فِي المُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ المقَرِّ بِهِ ، فَلَوْ قَالَ لِهٰذِهِ الدَّابَةِ عَلَيَّ كَذَا فَلَغْوٌ ، فَإِنْ قَالَ بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا وَجَبَ ،

في القضية فأقر حال الضرب أو بعده لزمه ما أقر به ، لأنه ليس مكرهاً ، إذ المكره مَن أكره على شيء واحد ، وهذا إنما ضرب ليصدق ، ولا ينحصر الصدق في الإقرار ، ولكن يكره إلزامه حتى يراجع ويقر ثانياً . قال المصنف : وقبول إقراره حال الضرب مشكل ؛ لأنه قريب من المكره ولكنه ليس مكرهاً ، وعلله بما مر . ثم قال وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر . وقال الأذرعي : الولاة في هذا الزمان يأتيهم مَن يتهم بسرقة أو قتل أو نحوهما فيضربونه ليقر بالحق ، ويراد بذلك الإقرار بما آدّعاه خصمه والصواب أن هذا إكراه ، سواء أقرّ في حال ضربه أم بعد ، وعلم أنه إن لم يقر بذلك لضرب ثانياً اهـ وهذا متعين . ثم شرع في الركن الثاني ، فقال : **(ويشترط في المقرّ له أهلية استحقاق المقرّ به)** ؛ لأنه حينئذ يصادف محله وصدقه محتمل وبهذا يخرج ما إذا أقرّت المرأة بصداقها عقب النكاح لغيرها أو الزوج ببدل الخلع عقب المخالعة لغيره أو المجني عليه بالأرش عقب استحقاقه لغيره ، لأن صدق هؤلاء غير محتمل . فإن قيل الحصر في هذه الثلاثة غير مستقيم ، فإن المتعة والحكومة والمهر الواجب عن وطء شبهة وأجرة بدن الحر كذلك ؟ . أجيب بأنها راجعة إلى الثلاث ، فالحكومة ترجع إلى الأرش والمتعة والمهر الواجب عن وطء شبهة يرجع إلى الصداق . وأما ما ذكر من عدم صحة الإقرار بأجرة بدن الحر فممنوع ، فإن الحرّ يحتمل أن يكون قد أجر بدنه قبل ذلك ثمّ وكله المستأجر في إجارة نفسه ، ولا فرق فيما ذكر بين الدين والعين حتى لو أعتق عبداً ثم أقرّ له هو أو غيره عقب عتقه بدين أو عين لم يصح ، إذ أهلية الاستحقاق لم تثبت له إلا في الحال ، ولم يجر بينهما ما يوجب المال **(فلو قال لهذه الدابة)** أو لدابة فلان : **(عليّ كذا فلغو)** ؛ لأنها ليست أهلاً للاستحقاق فإنها غير قابلة للملك في الحال ولا في المآل ، ولا يتصوّر منها تعاطي السبب كالبيع ونحوه بخلاف الرّقيق كما سيأتي . نعم لو أضافه إلى ممكن كالإقرار بمال من وصية ونحوها صح كما قاله الماوردي ، ومحل البطلان كما قاله الأذرعي في المملوكة ، أما لو أقرّ لخيل مسبلة فالأشبه الصحة كالإقرار لمقبرة ، ويحمل على أنه من غلة وقف عليها أو وصية لها وبه صرح الروياني واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه **(فإن قال)** عليّ **(بسببها لمالكها)** كذا **(وجب)** ، لأنه أقرّ للمالك لا لها ، وهي السبب : إما بجناية عليها ، وإما باستيفاء منفعتها بإجارة أو غصب ، ويكون المقرّ به ملكاً لمالكها حين الإقرار ، فإن لم يقل

وَلَوْ قَالَ لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ لَزِمَهُ ، وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ فَلَغْوٌ ، وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ ،

لمالكها ، واقتصر على قوله : بسببها لم يلزم أن يكون المقرّ به لمالكها في الحال بل يسأل ويحكم بموجب بيانه ، إذ يحتمل أن يكون المقرّ به لغير مالكها ، كأن تكون أتلفت شيئاً على إنسان وهي في يد المقرّ **(ولو قال لحمل هند)** عليّ أو عندي **(كذا بإرث)** من أبيه مثلاً **(أو وصية)** له من فلان أو بغيرهما مما يمكن في حقه **(لزمه)** ذلك ؛ لأن ما أسنده إليه ممكن ، والخصم في ذلك وليّ الحمل ، ولا بدّ من تعيين الحامل كما أشار إليه بهند ؛ لأن إبهامها يلزم منه إبهام المقرّ له وإبهامه مبطل للإقرار ، ثم إن انفصل ميتاً فلا حق له في الإرث والوصية وغيرهما مما أسند إليه ، ويكون المقرّ به لورثة المورث أو الموصي أو لغيرهم مما أسند إليه أو حياً لدون ستة أشهر من حين سبب الاستحقاق كما قاله الإسنوي استحق ، وكذا ستة أشهر فأكثر إلى أربع سنين ما لم تكن أمه فراشاً ، ثم إن استحق بوصية فله الكلّ أو بإرث من الأب وهو ذكر فكذلك أو أنثى ، فلها النصف ، وإن ولدت ذكراً وأنثى فهو بينهما بالسوية إذا أسنده إلى وصية وأثلاثاً إن أسنده إلى إرث واقتضت جهته ذلك ، فإن اقتضت التسوية كولدي أمّ سوّى بينهما في الثلث ، وإن أطلق الإقرار بالإرث سألناه عن الجهة وعملنا بمقتضاها ، فإن تعذرت مراجعة المقرّ . قال في الروضة : فينبغي القطع بالتسوية . قال الإسنوي : وهو متجه **(وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه)** كقوله : أقرضني أو باعني شيئاً **(فلغو)** للقطع بكذبه في ذلك ، وهذا ما صححه في الروضة قال : وبه قطع في المحرر والذي في الشرحين فيه طريقان أصحهما القطع بالصحة . والثاني : على القولين في تعقب الإقرار بما يرفعه . قال الأذرعي : وطريقة التخريج جزم بها أكثر العراقيين ، وطريقة القطع بالصحة ذكرها المراوزة ، وما صححه النووي ممنوع ، ولم أرَ من قطع بإلغاء الإقرار ، وما عزاه للمحرّر بناء على ما فهمه من قول المحرّر وإن أسنده إلى جهة لا تمكن فهو لغو من أنه أراد ، فالإقرار لغو ، وليس مراداً ، بل مراده ، فالإسناد لغو بقرينة كلام الشرحين ، وذكر مثله صاحب الأنوار والزركشي ، وهو كما قال شيخنا حسن ، ومشيت عليه في شرح التنبيه **(وإن أطلق)** الإقرار : أي لم يسنده إلى شيء **(صحّ في الأظهر)** وحمل على الجهة الممكنة في حقه وإن ندر حملاً لكلام المكلف على الصحة ما أمكن . والثاني : لا يصح ؛ لأن الغالب أن المال لا يجب إلا بمعاملة أو جناية ولامتناع المعاملة مع الحمل ولا جناية عليه ، فيحمل إطلاقه على الوعد وعلى الصحة في هاتين الحالتين إن

وَإِذَا كَذَّبَ المقرُّ لَهُ المُقِرَّ تُرِكَ المَالُ فِي يَدِهِ فِي الأَصَحِّ ، فَإِنْ رَجَعَ المُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ غَلِطْتُ قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الأَصَحِّ .

انفصل الحمل ميتاً ، فلا شيء له للشكّ في حياته فيسأل القاضي المقرّ حسبة عن جهة إقراره من إرث أو وصية ليصل الحق إلى مستحقه وإن مات المقر قبل البيان بطل كما صرّح به البغوي وغيره ، فإن انفصل حياً للمدة المعتبرة فالكل له ذكراً كان أو أنثى ، وإن انفصل ذكر وأنثى فهو لهما بالسوية ، وإن ألقت حياً وميتاً جعل المال للحي ؛ لأن الميت كالمعدوم ، ولو قال: لهذا الميت عليّ كذا ففي البحر عن والده أن ظاهر لفظ المختصر يقتضي صحة الإقرار وأنه يمكن القطع بالبطلان ؛ لأن المقر له لا يتصور ثبوت الملك له حين الإقرار والظاهر الأوّل ، والإقرار للمسجد والرباط والقنطرة كالإقرار للحمل ، ولو أقرّ لطفل وأطلق صح قطعاً ، لأنه من أهل المعاملة بواسطة وليه ، ويشترط لصحة الإقرار عدم تكذيب المقرّ له المقرّ كما يؤخذ من قوله **(وإذا كذب المقرّ له المقرّ)** بمال **(ترك المال)** المقرّ به **(في يده)** ديناً كان أو عيناً **(في الأصحّ)** ؛ لأن يده تشعر بالملك ظاهراً ، والإقرار الطارىء عارضه التكذيب فسقط ، والثاني : ينزعه الحاكم ويحفظه إلى ظهور مالكه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف يقتضي تخصيص الخلاف بالمعين لقوله ترك المال في يده ، وبه جزم القاضيان أبو الطيب والحسين ، والمعتمد أنه لا فرق كما تقرّر ، وإذا بقي المال في يده قال الزركشي : فينبغي أن يجوز له جميع التصرّفات فيه ما خلا الوطء لاعترافه بتحريم ذلك عليه ، بل ينبغي أن يمتنع عليه جميع التصرفات حتى يرجع اهـ والظاهر كما قال شيخنا : إنه إن كان ظاناً أن المال للمقرّ له امتنع عليه التصرف ، وإلا فلا **(فإن رجع المقرّ في حال تكذيبه)** أي المقر له **(وقال غلطت)** في الإقرار أو تعمدت الكذب **(قبل قوله في الأصحّ)** بناء على أن المال يترك في يده ، والثاني : لا ، بناء على أن الحاكم ينزعه منه إلى ظهور مالكه .

تنبيه : تقييده بحال تكذيب المقرّ له يوهم أنه لو رجع المقرّ له وصدقه أنه لا يكون كذلك ، وليس مراداً ، فإن الأصحّ أن رجوع المقرّ له غير مقبول ولا يصرف إليه إلا بإقرار جديد ، لأن نفيه عن نفسه بطريق المطالبة بخلاف المقرّ فإن نفيه عن نفسه بطريق الالتزام فكان أضعف ، فلو قال المصنف بعد تكذيبه لشمل حالتي التكذيب وبعده ، والظاهر كما قال شيخنا إن تكذيب وارث المقرّ له كتكذيبه حتى لو أقرّ لميت أو لمن مات بعد الإقرار

فصـــل

قَـوْلُهُ لِـزَيْدٍ كَـذَا صِيغَةُ إِقْـرَارٍ ، وَقَـوْلُـهُ عَلَيَّ وَفي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ ،

فكذبه الوارث لم يصح . أما في حقّ غيره فيصح كما لـو أقرّ بجناية على المرهون وكـذبه المالك فإنه وإن لم يصح في حق المالك صح في حق المرتهن حتى يستوثق بـأرشها ، ولـو قـال : بيدي مـال لا أعرف مـالكه نـزعه القـاضي منه ؛ لأنـه إقرار بمـال ضائـع فهـو إقـرار صحيح . فإن قيل : إنه لو قال : عليّ مال لرجل أو لواحد من بني آدم لا يكون إقراراً لفساد الصيغة فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن ما هنا في العين وما هناك في الدين كما أجاب به السبكي ، ويشير إليه كلام أصل الروضة ، ولو قام رجل في المسألـة الثانيـة وقال أنـا المراد بالإقرار لم يصدّق بل المصدّق المقرّ بيمينه ، فعلم أنه يشتـرط أن يكون المقـرّ له معينـاً نوع تعيين بحيث يتوقع منه الدّعوى والطلب كقوله لأحد هؤلاء الثلاثة عليّ كذا .

فـروع : لو أقرّت له آمرأة بالنكاح وأنكر سقط حقه . قال المتولي : حتى لو رجع بعد وآدّعى نكاحها لم يسمـع إلا أن يدّعي نكـاحاً مجـدّداً ، وإنما آحتيـج لهذا الاستثنـاء ؛ لأنه يعتبر في صحة إقرار المرأة بالنكاح تصديق الزوج لها فاحتيط له بخلاف غيره ، ولو أقرّ لآخر بقصاص أو حدّ قذف وكذبه سقط وكذا حدّ سرقة ، وفي المال ما مرّ من كونه يترك في يده ، ولو أقرّ له بعبد فأنكره لم يحكم بعتقه ؛ لأنه محكوم برقه فلا يـرفع إلا بيقين بخـلاف اللقيط فإنه محكوم بحريّته بالدار ، فإذا أقرّ ونفاه المقرّ له بقي على أصل الحرية ، ولو أقرّ له بـأحد عبدين وعينه فرده وعين الآخر لم يقبل فيما عينه إلا ببينة وصار مكذبـاً للمقر فيمـا عينه لـه . ثم شرع في الركن الثالث مترجماً له بفصل فقال :

فـصـــل

في الصيغة **(قوله لزيد كذا صيغة إقرار)** وجهه الإسنوي بأن اللام تـدلّ على الملك ، ومحله كما قال هو وغيره : إذا كان المقرّ به معيناً كهـذا الثوب فيجب عليـه أن يسلمه لـه إن كان بيده أو انتقـل إليها وإن لم يكن كـألف أو ثوب فـلا بدّ أن يضيف إليـه شيئاً من الألفـاظ الآتية كعليّ أو عندي أو نحو ذلك ، وقد أشار المصنف إلى هذا بقولـه صيغة إقـرار ولـم يقل لزمه **(وقوله عليّ وفي ذمتي للدين)** الملتزم في الذمـة ؛ لأنه المتبـادر منه عـرفاً ، وهـذا عند الإطلاق لما سيأتي أنه يقبل التفسير في عليّ بالوديعة .

وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ زِنْ أَوْ خُذْ أَوْ زِنْهُ أَوْ خُذْهُ أَوِ آخْتِمْ عَلَيْهِ أَوِ آجْعَلْهُ فِي كِيسِكَ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ، وَلَوْ قَالَ بَلَى أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْتَ أَوْ أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ أَوْ قَضَيْتُهُ أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ ،

تنبيـه : لو عبر المصنف بأو هنا فقال : عليّ أو في ذمتي كما عبر به في الروضة وفيما سيأتي فقال : معي أو عندي لكان أولى لئلا يوهم أن المراد الهيئة الاجتماعية **(ومعي وعندي للعين)** ؛ لأنهما ظرفان فيحمل كلّ منهما عند الإطلاق على عين له بيده ، فلو آدعى أنها وديعة وأنها تلفت أو أنه ردها صدق بيمينه ، وقوله قبلي بكسر القاف وفتح الموحدة للعين ، والدين كما جرى عليه ابن المقري تبعاً لما رجحه الشيخان بحثاً بعد نقلهما عن البغوي أنه للدين . قال الإسنوي : ولو أتى بلفظ يدل على العين وآخر على الدين ، كأن قال له : عليّ ومعي عشرة ، فالقياس أنه يرجع إليه في تفسير بعض ذلك بالعين وبعضه بالدين **(ولو قال)** إنسان لآخر **(لي عليك ألف فقال)** له : **(زن أو خذ أو زنه أو خذه أو آختم عليه أو آجعله في كيسك)** أو هي صحاح **(فليس بإقرار)** ؛ لأنه ليس بالتزام وإنما يذكر في موضع الاستهزاء **(ولو قال)** له : **(بلى أو نعم أو صدقت)** أو أجل أو جير أو إي بمعنى نعم **(أو أبرأتني منه أو قضيته أو أنا مقرّ به فهو إقرار)** أما الثلاثة الأول فلأنها ألفاظ موضوعة للتصديق وفي معناها ما ذكر معها . وأما دعوى الإبراء والاقتضاء فلأنه قد آعترف بالشغل وادعى الإسقاط ؛ والأصل عدمه وفي الروضة وأصلها فيما لو قال لي عليك ألف ، فقال صدقت أو نحوه يشبه أن محل كونه إقراراً إذا لم توجد قرينة تصرفه للاستهزاء والتكذيب كالأداء والإيراد : أي كيفية أداء الكلمة وإيرادها من الضحك وغيره كتحريك الرأس عجباً وإنكاراً اهـ فإن وجد منه ذلك ففيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال : لي عليك ألف فقال مستهزئاً : لك عليّ ألف فإن المتولي حكى فيه وجهين ، وقضية كلامه كما في المهمات أن الأصح اللزوم .

تنبيه : لو اقتصر على قوله : أبرأتني فليس بإقرار ، وكذا قوله للحاكم قد أقرّ أنه أبرأني أو أنه قد آستوفى مني الألف قاله القفال في فتاويه ، وهو حيلة لدعوى البراءة مع السلامة من الالتزام ، ومثل ذلك ما لو قال : قد أبرأتني من هذه الدعوى فلا يكون مقرًّا بالحق . وأما قوله أنا مقرّ به فقضية التعليل الآتي ، في أنا مقرّ به تقييد حكم أنا مقرّ بما إذا خاطبه فقال : أنا مقرّ لك به وإلا فيحتمل الإقرار به لغيره ، قاله الرافعي وأسقطه من الروضة وأجاب عنه السبكي بأن الضمير عائد إلى الألف التي له : أي فلا يقبل قول المقرّ أردت به

وَلَوْ قَالَ أَنَـا مُقِرٌّ أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ، وَلَوْ قَالَ أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا فَقَالَ بَلَى أَوْ نَعَمْ فَإِقْرَارٌ ، وَفِي نَعَمْ وَجْهٌ ، وَلَوْ قَالَ : اقْضِ الأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ فَقَالَ

غيرك كما لا يقبل تفسيره الدراهم بالناقصة إذا لم يصلها بالكلام وكانت دراهم البلد تامّة إذ الجواب منزل على السؤال (**ولو قال : أنا مقرّ**) ولم يقل به ؛ (**أو أنا أقرّ به فليس بإقرار**) أما الأوّل : فلجواز أن يريد الإقرار ببطلان دعواه أو بوحدانية الله تعالى . وأما الثاني : فلاحتمال الوعد بالإقرار في ثاني الحال . فإن قيل لو قال : لا أنكر ما تدّعيه كان إقراراً مع احتمال الوعد فهلا كان هناك كذلك أجيب بأن العموم إلى النفي أسرع منه إلى الإثبات بدليل النكرة فإنها تعمّ في حيز النفي دون الإثبات . قال الرافعي : ولك أن تقول هب أن هذا الفرق متين لكنه لا ينفي الاحتمال، وقاعدة الباب الأخذ باليقين. وأجيب أيضاً بأن المفهوم عرفاً من لا أنكر ما تدّعيه أنه إقرار بخلاف أنا أقرّ به (**ولو قال أليس**) أو هل كما في المطلب (**لي عليك كذا فقال بلى أو نعم فإقرار**)؛ لأنه المفهوم منهما (**وفي نعم**) في صورة المتن (**وجه**) أنه ليس بإقرار؛ لأنه موضوع للتصديق فيكون مصدّقاً له قاله في النفي، بخلاف بلى فإنها لردّ النفي ونفي النفي إثبات. قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى﴾ لو قالوا: نعم كفروا، فهذا هو مقتضى اللغة ورجحه ابن الرفعة. وأجاب الأوّل بأن النظر في الإقرار إلى العرف وأهله يفهمون الإقرار بنعم فيما ذكر، وآختار الغزالي في المنخول التفصيل بين النحوي وغيره كما في نظيره من الطلاق. وبه أجاب ابن يونس في المحيط: ولو قال: ليس لي عليك ألف فقال: بلى أو نعم فالمتجه كما قال الإسنوي: أن يجعل بلى إقراراً دون نعم.

فروع: لو قال في جواب مَن ادّعى عليه بألف ما لك عليّ أكثر من ألف لم يكن إقراراً ؛ لأن نفي الزائد عليه لا يوجب إثباته ولا إثبات ما دونه ، ونعم إقرار بالعبد مثلاً لمن قال : اشتر عبدي كما أنه إقرار به لمن قال : أعتق عبدي ، لا لمن قال : اشتر هذا العبد ؛ لأنه لم يعترف له إلا بكونه يملك بيعه لا نفسه ، ولو قال في جواب دعواه : لا تدم المطالبة وما أكثر ما تتقاضى لم يكن إقراراً لعدم صراحته ، قاله ابن العماد ، ولو قال في جواب دعوى عين بيده : اشتريتها أو ملكتها منك أو من وكيلك كان إقراراً لتضمن ذلك الملك للمخاطب عرفاً ولم ينظروا إلى احتمال كون المخاطب وكيلاً في البيع ، ولا إلى احتمال كون الوكيل باع ملك غير المخاطب لبعده عن المقام ، بخلاف قوله ملكتها على يدك لا يكون إقراراً ، لأن معناه كنت وكيلاً في تمليكها (**ولو قال : اقض الألف الذي لي عليك فقال**

نَعَمْ أَوْ أَقْضِي غداً أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْماً أَوْ حَتَّى أَقْعُدَ أَوْ أَفْتَحَ الْكِيسَ أَوْ أَجِدَ فَإِقْـرَارٌ في الأَصَحِّ .

نعم أو أقضي غداً ، أو أمهلني يومـاً ، أو حتى أقعد أو أفتـح الكيس ، أو أجد) أي المفتـاح مثلاً ، أو ابعث مَن يأخـذه ، أو أمهلني حتى أصرف الـدراهم ، أو اقعد حتى تـأخذ ، أو لا أجد اليوم **(فإقرار في الأصح)** ؛ لأنه المفهـوم من هذه الألفـاظ عرفـاً . والثاني : لا ؛ لأنهـا ليست صريحة في الالتزام . قال الإسنوي : وما ذكـره من اللزوم في أقضي غداً ونحـوه مما عري عن الضمير العـائد على المـال المدّعى بـه مردود ، بـل يتعين أن يكون التصـوير عنـد آنضمام الضمير كقوله : أعطه ونحوه فإن اللفظ بدونه محتمل أن يراد به المذكور وغيره على السواء ، ولهذا كان مقرًّا في قوله أنا مقرّ به دون أنا مقرّ ، ولو قال : كان لك عليّ ألف ، أو كانت لك عندي دار فليس بإقرار ، لأنه لم يعتـرف في الحال بشيء والأصـل براءة الـذمة ، ولا ينافي ذلك ما في الدعاوى من أنه لـو قال : كـان ملكك أمس كـان مؤاخذاً بـه ؛ لأنه ثم وقع جواباً للدعوى وهنا بخلافه فطلب فيـه اليقين . ولو قـال : أسكنتك هـذه الدار حينـاً ثم أخرجتك منها كان إقراراً له بـاليد ؛ لأنـه آعترف بثبـوتها من قبـل وآدّعى زوالها ، ولا ينـافي ذلـك ما في الإقـرار من أنه لـو قال كـان في يدك أمس لم يؤاخـذ به ؛ لأنـه هنا أقـرّ له بيـد صحيحـة بقولـه أسكنتكها بخـلافه ثم لاحتمـال كلامـه أن يده كـانت عن غصب أو سـوم أو نحوه ، وقوله لمن شهد عليه ولو واحداً بشيء هو صادق أو عدل ليس بإقرار حتى يقـول فيما شهد به ، ولو قال : إذا شهد عليّ شاهدان بألف مثلاً فهما صادقان لـزمه في الحـال وإن لم يشهدا عليه ؛ لأنهمـا لا يكونـان صادقين إلا إن كـان عليه الألف الآن بخـلاف ما لـو قال إذا شهدا عليّ بألف صدقتهما ؛ لأن غير الصادق قد يصدق ؛ ولأن ذلـك وعد ، وخـرج بالألف ما لو قال : ما يشهد به شاهدان عليّ فهما صادقان عدلان فليس بإقرار بل تزكية وتعديـل كما نقله الـرافعي في التزكيـة عن الهروي وأقـرّه كما قـاله في المهمـات ، ولـو لم يـأتِ بصيغـة الشهادة بل قال : إذا قال زيد : إن لعمرو عليّ كذا فهو صادق كان الحكم كذلك كمـا ذكره ابن العماد . ولو قـال : أقرضتـك كذا فقـال : كم تمنّ به عليّ ، أو لا اقتـرضـت منك غيـره كان إقراراً ، بخلاف ما لو قال لمن قـال له : لي عليـك كذا لـزيد عليّ أكثـر مما لـك بفتح الـلام فإنـه لا شيء عليه لـواحد منهمـا لاحتمال أنـه قالـه استهزاء ، أو أنـه أراد له عليّ من الحرمة والكرامة أكثر مما لك . أما لو قال : من مالك بكسر اللام ، أو له عليّ مال أكثـر من مالك ، أو له عليّ أكثر مما ادّعيت ، فهو إقرار لزيد ، ولو كتب زيـد عليّ ألف أو كتبه غيـره فقال آشهدوا عليّ بما فيه لغا ؛ لأن الكتابة بلا لفظ ليست إقـراراً ، ويؤخذ من ذلـك أنها من

فصـــل

يُشْتَـرَطُ في المُقَرِّ بِـهِ أَنْ لاَ يَكُونَ مِلْكـاً لِلْمُقِرِّ ، فَلَوْ قَـالَ دَارِي أَوْ ثَوْبِي أَوْ دَيْنِي الَّذِي على زَيْدٍ لِعَمْـرو فَهُوَ لَغْـوٌ ،

الأخرس عند القرينة المشعرة ليست لغواً ، ولو لقن إقراراً أو غيره بغير لغته وقال : لم أفهمـه وأمكن عدم فهمه له بأن لم يكن لـه مع أهـل تلك اللغة اختـلاط صدق بيمينـه ، ولو قـال : أقررت ، وأنا صبيٌ أو مجنون أو مكره ، وأمكن الصبـا وعهد الجنـون ، أو كانت أمـارة على الإكراه من حبس أو ترسيم أو نحو ذلك صدق بيمينه لـظهور مـا قالـه ؛ ولأن الأصل بقـاء ما كان على ما كان ، فإن لم يمكن الصبا ولم يعهد الجنون ولم تكن أمارة لم يصدّق ، والأمارة إنما تثبت باعتراف المقرّ لـه ، أو بالبينـة ، أو باليمين المـردودة ، فإن قـامت بينة في الصـور الثلاث بكون المقرّ حين إقراره كان بالغاً في الأولى أو عاقـلاً في الثانيـة أو مختاراً في الثـالثة عمل بها ولا يصدّق لتكذيبه البينة . ثم شرع في الركن الرابع مترجماً له بفصل أيضاً فقال :

فصل : يشترط في المقرّ به

وهو كل ما جازت المطالبة به (**أن لا يكون ملكاً للمقرّ**) حين يقرّ به ؛ لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقرّ له فلا بـدّ من تقديم المخبـر عنه على الخبر (**فلو قال : داري أو ثوبي أو ديني الذي على زيد لعمرو فهو لغو**) ؛ لأن الإضافة إليـه تقتضي الملك لـه فينافي إقـراره لغيره إذ هـو إخبار بحق سـابق عليه كمـا مرّ ، فحمـل على الوعد والهبة ، ولو قال : الدار التي اشتريتها لنفسي ، أو ورثتها من أبي ملك لزيـد لم يصح أيضـاً إلا أن يريـد الإقرار فيصـح ، وكـذا لـو قـال : داري لفـلان وأراد الإقـرار ، لأنـه أراد بالإضافة إضافـة سكنى ذلك ، ذكـر ذلك البغـوي في فتاويـه . قال الأذرعي بعـد نقله كلام البغوي : ويتجه أن يستفسر عند إطلاقه ويعمل بقوله بخلاف قـوله داري التي هي ملكي لـه للتنـاقض الصريـح ، واستشكل الإسنـوي عدم صحـة الإقـرار في الأولتين إذا لم يـرده بـأن الملكين لم يتواردا على وقت واحد . وأجيب بـأن الموافق لقـاعدة البـاب من الأخذ بـاليقين كمـا سيأتي عـدم الصحة ، ولـو قال : مسكني أو ملبـوسي لفلان صـحّ إذ لا منافـاة لأنه قـد يسكن ويلبس ملك غيره ، ولو قال : الدين الـذي كتبته على زيـد لعمرو صـحّ لاحتمال أنـه وكيل ، فلو طالب عمرو زيداً فأنكر فإن شاء عمرو أقام بينة بإقرار المقرّ أن الدين الذي كتبـه على زيد له ثم يقيم بينة عليه بالمقرّ به وإن شاء قام بينة بالمقر به ثم بينة بالإقرار .

وَلَوْ قَالَ هٰذَا لِفُلَانٍ وَكانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقْرَرْتُ بِهِ فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرارٌ وَآخِرُهُ لَغْوٌ، وَلْيَكُنِ الْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ الْمُقِرِّ لِيُسَلَّمَ بِالإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ، فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ عُمِلَ بِمُقْتَضَى الإِقْرَارِ، فَلَوْ أَقَرَّ بِحَرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ

فرع : قال المصنف في فتاويه : لو كان بالدين المقرّ به رهن أو كفيل آنتقل إلى المقرّ له بذلك ، وفصل الشيخ تاج الدين الفزاري فقال : إن أقرّ أن الدين صار لزيد فلا ينتقل بالرهن ؛ لأن صيرورته إليه إنما تكون بالحوالة وهي تبطل الرهن ، وإن أقرّ أن الدين كان له بقي الرهن بحاله وهذا التفصيل هو الظاهر ، ومثل الرهن الكفيل **(ولو قال : هذا)** العبد مثلاً **(لفلان وكان ملكي إلى أن أقررت به فأول كلامه إقرار وآخره لغو)** فيطرح آخره ويؤخذ بأوّله ؛ لأنه مشتمل على جملتين مستقلتين ، ولو شهدت بينة بأن زيداً أقرّ بأن هذا ملك لعمرو وكان ملك زيد إلى أن أقرّ به لم تقبل ، وفارقت المقرّ بأنها تشهد على غيرها ، فلا يقبل قولها إلا إذا لم يتناقض ، والمقرّ يشهد على نفسه فيؤاخذ بما يصح من كلامه ، ولو قال : ملكي هذا لفلان صحّ الإقرار أيضاً كما صرّح به الإمام واقتضاه كلام الرافعي ، وهو إقرار بعد إنكار **(وليكن المقرّ به)** من الأعيان **(في يد المقرّ)** حساً أو شرعاً **(ليسلم بالإقرار للمقرّ له)** ؛ لأنه إذا لم يكن في يده كان كلامه إما دعوى عن الغير بغير إذنه ، أو شهادة بغير لفظها فلا تقبل .

تنبيه : كونه في يد المقرّ شرط لإعمال القرار وهو التسليم لا شرط لصحته فلا يقال : إنه لاغ بالكلية ، فإنه إذا حصل بيده لزمه تسليمه إليه كما سيأتي ، واستثني من ذلك مسائل : الأولى : ما إذا باع شيئاً بشرط الخيار له أو لهما ثم آدعاه رجل فأقرّ البائع في مدة الخيار له به صح وانفسخ البيع ، لأنه له الفسخ . الثانية : ما لو باع الحاكم مال الغائب بسبب اقتضاه ، ثم قدم وادّعى أنه كان قد تصرف فيه قبل بيع الحاكم ، فإنه يقبل منه كما نقله الرافعي قبيل كتاب الصداق عن النص . الثالثة : لو وهب لولده عيناً ثم أقبضه إياها ثم أقرّ بها لآخر ، فإنه يقبل إقراره أفتى بذلك صاحب البيان ، لكنه كما قال الأذرعي : مفرّع على أن تصرف الواهب رجوع والأصح خلافه ، ومحلّ ما ذكره المصنف إذا كان في يده لنفسه . أما إذا كان في يده لغيره كمحجوره ووقف هو ناظر عليه لم يصح إقراره ، وخرج بما قدرته في كلامه الدين فلا يتأتى فيه ما ذكر **(فلو أقرّ)** بشيء **(ولم يكن في يده)** حال الإقرار **(ثم صار)** فيها **(عمل بمقتضى الإقرار)** لوجود شرط العمل به فيسلم للمقرّ له **(فلو)** قال هذا وهو في يد غيره مرهون عند زيد فحصل في يده بيع في دين زيد عملاً بإقراره السابق ، وإن **(أقرّ بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه)** صح وإن آعتقد المشتري حريته آستنقاذاً للعبد من أسر الرق وتنزيلاً للعقد على

حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ هُوَ حُرُّ الأَصْلِ فِشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ، وَإِنْ قَالَ أَعْتَقَهُ فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ وبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ على المَذْهَبِ ، فَيَثْبُتُ فِيهِ الخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ ،

قول مَن صدقه الشرع وهو البائع لكونه ذا يد ،و(حكم بحريته) بعد انقضاء مدة خيار البائع وترفع يد المشتري عنه لوجود الشرط ، هذا كله إذا اشتراه لنفسه ، فلو اشتراه لموكله لم يحكم بحريّته ؛ لأن الملك يقع ابتداء للموكل ، وكما لو اشترى أباه بالوكالة .

تنبيه : إنما صور المصنف المسألة بالشراء لأجل ثبوت الخيار الآتي في كلامه فإنه لو ملكه بغير الشراء كالإرث والوصية حكم بحريته ، ولو عبر بحرية شخص بدل عبد لكان أولى لئلا يناقض الحريّة ، إلا أن يريد كما قال الولي العراقي بالعبد المدلول العام لا الخاص الذي هو الرقّ (ثم إن كان قال) في صيغة إقراره (هو حرّ الأصل فشراؤه افتداء) له من جهة المشتري كما ذكره في المحرّر ، فلا يثبت له أحكام الشراء ؛ لأن اعترافه بحريّته مانع له من ذلك ، وأما البائع ففيه الخلاف الآتي كما صرّح به في المطلب فيثبت له الخياران ، وإن كان ظاهر عبارة المصنف أنه افتداء من جهته أيضاً ، فإذا مات المدّعي حريّته بعد الشراء فماله لوارثه الخاص ، فإن لم يكن فلبيت المال ، وليس للمشتري أخذ شيء منه ؛ لأنه بزعمه ليس للبائع كما مرّ واعتراف المشتري بأنه كان مملوكاً ، ولكن أعتقه مالكه قبل شراء البائع له كاعترافه بأنه حر الأصل لكنه هنا يورث بالولاء بشرطه ، ويأخذ المشتري من تركته أقل الثمنين (وإن قال : أعتقه) البائع وهو يسترقه ظلماً (فافتداء) أي : فشراؤه حينئذ افتداء (من جهته) أي : المشتري (وبيع من جهة البائع على المذهب) عملاً بزعم كل منهما ، وقيل : بيع من الجهتين تغليباً لجانب البائع ، وقيل : افتداء من الجهتين تغليباً لجانب المشتري .

تنبيه : اختلف في قولة على المذهب ، فقال السبكي : يرجع إلى البائع والمشتري . وقال الإسنوي : يعود إلى البائع فقط ، فإن الطريقين فيه ويفوته الخلاف في المشتري ، فلو قال : فافتداء من جهته على الصحيح كان أحسن . وقال ابن النقيب : الأوّل أقرب إلى ظاهر العبارة ، والثاني : أقرب إلى ما في نفس الأمر (فيثبت فيه) على الأوّل (الخياران) أي : خيار المجلس والشرط (للبائع فقط) ويثبت له أيضاً الفسخ بالعيب دون المشتري ؛ لأنه من جهته افتداء ، فلا يثبت له شيء من ذلك ، وولاؤه موقوف ؛ لأن البائع لم يعترف بعتقه والمشتري لم يعتقه ، فإن مات بلا وارث بغير الولاء وخلف تركة

وَيَصِحُّ الإِقْرَارُ بِـالمَجْهُولِ

فصدق البائع المشتري بعتقه ورثه البائع وردّ الثمن للمشتري وإن لم يصدّقه فللمشتري أخذ قدر الثمن من تركته ويوقف الباقي إن كان ؛ لأنه إما كاذب في حريّته فكل الكسب له ، أو صادق فالكل للبائع إرثاً بالولاء ، وقد ظلمه بأخذ الثمن منه وتعذر استرداده وقد ظفر بماله . أما إذا كان له وارث بغير الولاء ، فإن لم يكن مستغرقاً فله من ميراثه ما يخصه وفي الباقي ما مرّ ، وإلا فجميع ميراثه له ، وليس للمشتري أخذ شيء منه ؛ لأنه بزعمه ليس للبائع إلا إذا كان البائع يرث بغير الولاء ، كأن كان أخاً للعبد لم يرث بل يكون الحكم كما لو لم يكن وارث بغير الولاء كما اقتضاه التعليل ، وصرح به البلقيني وغيره ، ولو مات العبد قبل قبض المشتري له استردّ الثمن من البائع ، إن كان سلمه له ، ولا يطالبه البائع به ، إن لم يسلمه له ؛ لأنه لا حرية في زعمه ، وقد تلف المبيع قبل القبض ، بخلاف ما لو اشترى مَن يعتق عليه فمات قبل قبضه فإنه يلزم المشتري الثمن ؛ لأن العبد عتق عليه بالاتفاق وعتقه وقع قبضاً ، ولو قال : إنه حرّ وأطلق استفسر ، فإن تعذر حمل على أنه حرّ الأصل .

فروع : لو أقر بعبد في يده لزيد وأقر العبد أنه لعمرو سلم لزيد ، لأنه في يد مَن يسترقه لا في يد نفسه ، فإن أعتقه زيد فولاؤه له ؛ لأن الولاء لمن أعتق وهل أكسابه الحاصلة بعد عتقه لعمرو لإقراره بأنه كان له أولاً ؛ لأن استحقاق الأكساب فرع الرق ولم يثبت ؟ وجهان : أرجحهما كما قال الزركشي الثاني فتكون الأكساب مستحقة للعتيق ، ولو أقرّ أن عمراً غصب عبداً من زيد ثم اشتراه من عمرو صحّ الشراء استنقاذاً لملك الغير كما يستنقذ الحر وأخذه زيد ، ولا يثبت للمشتري الخياران كما قاله الإمام ، لأنهما إنما يثبتان لمن يطلب الشراء ملكاً لنفسه أو مستنيبه ، ولو أقرّ بحرية أمة لغيره فاستأجرها لزمته الأجرة أو نكحها لزمه المهر ، وليس له في الأولى استخدامها بغير رضاها ولا وطؤها في الثانية إلا إذا كان نكحها بإذنها وسيدها عنده وليّ بالولاء ، كأن قال : أنت أعتقتها أو بغيره ، كأن كان أخاها . قال الماوردي : وسواء أحلت له الأمة أم لا لاعترافه بحريتها ، وقال السبكي وغيره : وينبغي أن لا يصحّ إلا أن يكون ممن تحلّ له الأمة ؛ لأن أولادها يسترقون كأمهم اهـ وهذا هو الظاهر ، ويؤيده ما أفتى به شيخي فيمن أوصى بأولاد أمته لآخر ثم مات وأعتقها الوارث فلا بدّ في تزويجها من الشروط المذكورة في تزويج الأمة . نعم المسموح له أن يتزوّج بها . ثم شرع في بيان الإقرار بالمجهول فقال **(ويصح الإقرار بالمجهول)** سواء أكان ابتداء أم جواباً عن دعوى ؛ لأن الإقرار إخبار عن حق سابق والشيء يخبر عنه مفصلاً

فَإِذَا قَالَ لَهُ عليَّ شَيْءٍ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ وَإِنْ قَلَّ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَسِرْجِينٍ قُبِلَ فِي الأَصَحِّ ، وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى كَخِنْزِيرٍ وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ ، وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلَامٍ ،

تارة ومجملاً أخرى . إما للجهل به أو لثبوته مجهولاً بوصية ونحوها أو لغير ذلك ، ويخالف الإنشاءات حيث لا تحتمل الجهالة آحتياطاً لابتداء الثبوت وتحرّزاً عن الغرر . قال السبكي : والمبهم كأحد العبدين في معنى المجهول **(فإذا قال له عليّ شيء قبل تفسيره بكل ما يتموّل)** وهو كما قال الإمام ما يسدّ مسدًّا أو يقع موقعاً من جلب نفع أو دفع ضرر وإن نظر فيه الأذرعي **(وإن قلّ)** كفلس لصدق آسم الشيء عليه ، فلو امتنع من التفسير أو فسره ، ولكن نوزع فيه فقد ذكره المصنف في أثناء الفصل الذي بعد هذا **(ولو فسره بما لا يتموّل)** أي لا يتخذ مالاً **(لكنه من جنسه كحبة حنطة)** أو قمع باذنجانة أو قشرة فستقة أو جوزة **(أو)** فسره **(بما)** لا يتموّل لكنه ليس من جنسه ، و **(يحل اقتناؤه ككلب معلم)** لصيد أو قابل لتعليمه **(وسرجين)** وهو الزبل ، وكذا بكل نجس يقتنى لجلد ميتة يطهر بالدباغ وخمر محترمة **(قبل في الأصحّ)** لصدق كل منهما بالشيء مع كونه محترماً يحرم أخذه ويجب ردّه ، والأصل براءة ذمّته من غيره والثاني لا يقبل فيهما ؛ لأن الأوّل لا قيمة له ، فلا يصح التزامه بكلمة عليّ ، والثاني : ليس بمال ، وظاهر الإقرار المال .

تنبيه : لو قال بدل معلم مقتنى لدخل ما زدته وكلب الماشية ونحوه ، لكنه يفهم من قوله بعد أنه لا يقبل في كلب لا نفع فيه ، ولو فسره بحق شفعة أو حدّ قذف أو ردّ وديعة قبل لما مرّ **(ولا يقبل)** تفسيره **(بما لا يقتنى)** أي بشيء لا يحل اقتناؤه **(كخنزير وكلب لا نفع فيه)** من صيد ونحوه وجلد لا يطهر بالدبغ وميتة لا يحل أكلها وخمر غير محترمة إذ ليس فيها حق ولا اختصاص ولا يجب ردّها فلا يصدق بها قوله عليّ ، وقضية التعليل كما قال الإسنوي وغيره قبول تفسيره بالخمرة غير المحترمة إذا كان المقرّ له ذمياً لأن على غاصبها ردها له إذا لم يتظاهر بها ، ولو فسر بميتة لا يحلّ أكلها لمضطر قبل كما رجحه الإمام خلافاً للقاضي ، ولو قال بدل عليّ : له عندي شيء أو غصبت منه شيئاً صحّ تفسيره بما لا يقتنى إذ ليس في لفظه ما يشعر بالتزام حق ، إذ الغصب لا يقتضي التزاماً وثبوت مال ، وإنما يقتضي الأخذ قهراً بخلاف قوله عليّ وربما يستشكل ذلك بأن الغصب هو الاستيلاء على مال الغير أو حق الغير فكيف يقبل تفسيره بما ليس بمال ولا حق **(ولا)** يقبل تفسيره أيضاً **(بعيادة)** لمريض **(و)** لا **(رد سلام)** لبعد فهمهما في معرض الإقرار إذ لا مطالبة بهما لكن إن

وَلَوْ أَقَرَّ بِمَـال أَوْ مَالٍ عَـظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيـرٍ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ ،

قـال : له عليّ حق قبـل تفسيره بهمـا . فإن قيـل : الحق أخص من الشيء فكيف يقبل في تفسير الأخص ما لا يقبل في تفسير الأعم ؟. أجيب بأن الحق يطلق عرفاً على ذلـك بخلاف الشيء فيقال في العرف له عليّ حق ويراد به ذلك ، وفي الخبر «حَقُّ المُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ خَمْسٌ» وذكر منها عيادة المريض ورد السلام ، فاعتبار الإقرار بما لم يطالب في محله إذا لم يسع اللفظ عرفاً فيما لا يطالب به ، ولـو قال : غصبـك أو غصبتك مـا تعلم لم يصح إذ قـد يريد نفسه ، فإن قال : أردت غير نفسـك قبل ، لأنـه غلظ على نفسه ، وإن قـال : غصبتك شيئـاً ثم قال : أردت نفسـك لم يقبل ، وقضيتـه أن الحكم كذلـك لو قـال : غصبتك شيئـاً تعلمه وهو ظاهر ، ويفرق بينه وبين ما مرّ في غصبتـك ما تعلم بـأن شيئاً آسم تـام ظاهـر في المغايرة بخلاف ما **(ولو أقر بمال)** مطلق **(أو مال عظيم أو كبير)** بموحـدة بعد الكـاف بخطه **(أو كثير)** بمثلثة بعد الكاف بخطه أو جليل أو خطير أو وافر أو نفيس أو أكثر من مال فلان أو مما في يده أو مما يشهد به الشهود عليه أو مما حكم به الحاكم على فلان أو نحو ذلك **(قبل تفسيره بما قلّ منه)** أي من المـال وإن لم يتموّل كحبـة حنطة وإن كثـر مال فـلان . أما عنـد الاقتصار على المال فلصدق الاسم عليه والأصل براءة الـذمة من الـزيادة . وأمـا عند وصفـه بـالعظمـة ونحوهـا فلاحتمـال أن يريـد ذلك بـالنسبة إلى الفقيـر أو الشحيح أو بـاعتبار كفـر مستحلها وعقاب غاصبه وثواب باذله لمضطر ونحوه ، وأما كونه أكثر من مال فلان فمن حيث إنه أحلّ منه أو أنه دين لا يتعرض للتلف ، وذلك عين تتعرض له ، وقـد قال الشـافعي رضي الله تعالى عنه : أصل ما أبني عليه الإقرار أن ألزم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبـة . قال الشيخ أبو علي : أي ما غلب على الناس اهـ ، والمراد باليقين في كلامه ما يشمل الظنّ القوي كما قال الهروي وغيـره : الشافعي يلزم في الإقـرار باليقين وبـالظنّ القـوي لا بمجرد الظنّ والشك ، ويقبـل منه ذلـك إذا وصف المال بضـدّ ما ذكـر كقولـه مال حقيـر أو قليل أو خسيس أو طفيف أو نحـو ذلك من بـاب أولى ، ويكون وصفـه بالحقـارة ونحـوهـا من حيث آحتقار الناس له أو فناؤه ، ولا يخالف ما ذكروه هنا من أن حبة البرّ ونحوها مـال كما ذكـر ما قالوه في البيع من أنها لا تعدّ مالاً فإن كونها لا تعد مالاً لعدم تموّلها لا ينفي كـونها مـالاً كما قال زيد لا يعدّ من الرجـال وإن كان رجـلاً ، فكلّ متمـوّل مال ولا ينعكس . فـإن قيل كيف يحكي الخلاف في قبول التفسير بها في قوله شيء ، ويجـزم بالقبـول في مال أو مـال عظيم ونحوه بل ينبغي أن يعكس ذلك . أجيب بأنه إنما لم يذكر الخـلاف هنا ؛ لأنـه لا يخفى أن

وَكَذَا بِالمُسْتَوْلَدَةِ في الأَصَحِّ، لَا بِكَلْبٍ وَجِلْدِ مَيْتَةٍ ، وقَوْلُهُ لَهُ كَذَا كَقَوْلِهِ شَيْءٌ، وَقَوْلُهُ شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ، وَلَوْ قَالَ شَيْءٌ وَشَيْءٌ أَوْ كَذَا وكَذَا وَجَبَ شيئان، وَلَوْ قَالَ كَذَا دِرْهَماً أَوْ رَفَعَ الدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ ،

الجواب هنا مفرّع على الأصح هناك (وكذا) يقبل تفسيره (بالمستولدة) للمقرّ له (في الأصحّ) ؛ لأنها تؤجر وينتفع بها ، وتجب قيمتها إذا أتلفها أجنبي وإن كانت لا تباع ، والثاني : لا لخروجها عن آسم المال المطلق إذ لا يصح بيعها ، ولا فرق على الأوّل في قبول تفسيره بها بين أن يقول له عليّ مال كما في الروضة وأصلها والمحرر أو يقول له : عندي مال ، وإن قيل المناسب في صورة التفسير بها هو الثاني ولو فسره بوقف عليه . قال الرافعي : فيشبه أن يخرج على الخلاف في الملك اهـ وقضيته أنه لا يقبل على الأظهر ، ويؤيده ما صرّحا به في كتاب الأيمان من أنه لو حلف لا مال له لم يحنث بالموقوف إن قلنا : الملك فيه لله تعالى أي وهو الأظهر ، أو للواقف وإن قلنا له: فكالمستولدة ، و (لا) يقبل تفسيره (بكلب و) لا (جلد ميتة) ونحوهما من النجاسات لانتفاء اسم المال عنهما (وقوله) : أي المقرّ (له) أي لزيد مثلاً عليّ (كذا كقوله) : له عليّ (شيء) ، فيقبل تفسيره بما مرّ فيه ؛ لأنها أيضاً مبهمة ، وهي في الأصل مركبة من كاف التشبيه وآسم الإشارة ، ثم نقلت ، فصار يكنى بها عن العدد وغيره ، ويجوز استعمالها في النوعين مفردة ومركبة ومعطوفة ، تقول : نزلنا بدار كذا وبكذا كذا ، أو بكذا وكذا وهكذا في العدد (وقوله) : له عليّ (شيء شيء أو كذا كذا) ولو زاد على مرّتين من غير عطف (كما لو لم يكرر) ؛ لأن ما بعد الأوّل يحتمل التأكيد بل هو ظاهر فيه فيؤخذ باليقين ، فإن قال : أردت الاستئناف عمل به ؛ لأنه غلظ على نفسه (ولو) كرر مع العطف كأن (قال) : له عليّ (شيء وشيء أو كذا وكذا وجب شيئان) متفقان أو مختلفان ، بحيث يقبل كل منهما في تفسير شيء لاقتضاء العرف المغايرة (ولو قال) : له عليّ (كذا درهماً أو رفع الدرهم أو جره) أو سكنه (لزمه درهم) ؛ لأن كذا مبهم وقد فسره بدرهم ، والنصب فيه جائز على التمييز والرفع على أنه عطف بيان أو بدل كما قاله الإسنوي ، أو خبر مبتدأ محذوف كما قاله غيره . وقال السبكي : إنه لحن . وقال ابن مالك : وأما تجويز الفقهاء الرفع فخطأ ؛ لأنه لم يسمع من لسانهم ، والجرّ لحن عند البصريين ، وهو لا يؤثر في الإقرار كما لا يؤثر في الطلاق ونحوه ، والسكون كالجر كما قاله الرافعي ، ووجه بأنه أدون من المرفوع والمنصوب لاختلافهم في أنه يلزمه درهم أو دونه فحملناه عليه لاحتمال إرادته . فإن قيل : ينبغي أن

وَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَـوْ قَالَ كَـذَا وكَذَا دِرْهَمـاً بِالنَّصْبِ وَجَبَ دِرْهَمَـانِ ، وَأَنَّهُ لَـوْ رَفَعَ أَوْ جَـرَّ فَدِرْهَمٌ ، وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ فَدِرْهَمٌ في الأَحْوَالِ ،

يلزمه عشرون في حال النصب كما قيل به ؛ لأنه أقلّ عدد يميز بمفـرد منصوب . أجيب بـأن الإقـرار لا ينبني على هذا المـأخذ وإلا للزم في حـالة الجـرّ مائـة لأنه أقـلّ عدد يميـز بمفرد مجرور ولم يقل به أحد . فإن قيل : في حال الجرّ ينبغي أن يلزمـه بعض درهم كما قيـل به وتقديره كذا من درهم . أجيب بأن كذا إنما تقع على الآحاد لا على كسورها (**والمـذهب أنه لـو قال : كـذا وكذا**) أو كـذا ثم كذا (**درهمـاً بالنصب**) تمييـزاً (**وجب درهمان**) ؛ لأنـه أقـرّ بشيئين مبهمين وعقبهما بالدرهم منصوباً فالظاهر أنه تفسير لكـل منهما ، وعلله في المـطلب بأن التمييز وصف والوصف المتعقب لشيئين يعود إليهمـا عند الشـافعي ، ولا يحسن التأكيـد مع وجود عاطف ، وفي قول يلزمه درهم لجواز أن يريد تفسيـر اللفظين معـاً بالـدرهم ، وفي قـول يلزمـه درهم وشيء . أمـا الـدرهم فلتفسيـر الثـاني . وأمـا الشيء فللأوّل البـاقي على إبهامه ، والطريق الثاني القـطع بالأوّل . فـإن قيل : ينبغي أن يلزمـه أن يقول أحـد وعشرون كما قيل ؛ لأنه أقلّ عدد معطوف يميـز بمنصوب . أجيب بمثـل ما مـرّ (و) المذهب (**أنـه لو رفـع أو جـرّ**) الـدرهم (**فـدرهم**) والمعنى في الـرفـع همـا درهم . والـطريق الثـاني قـولان ثانيهما : درهمان ؛ لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وأنه أخطأ في إعراب التفسيـر . وأما في الجرّ ؛ فلأنه لما كان ممتنعاً عند جمهور النحاة ، وكان لا يـظهر لـه معنى في اللغة وفي العرف يفهم منه تفسير ما سبق حمل عليه بخلاف النصب فإنه تمييز صحيح فيعود إليهما كما مـرّ ولم ينقل الـرافعي في هذه خـلافاً بـل جزم بـدرهم ، لكن نقل المـاوردي عن الشـافعي وجوب درهمين (**ولو حذف الواو فدرهم في الأحوال**) المـذكورة رفعـاً ونصباً وجـرًّا لاحتمال التأكيد . قـال الإسنوي : ولم يتعـرض الشيخان ولا ابن الـرفعة للسكـون في هذا القسم أي حــذف الــواو ، ولا الــذي قبله ، وقيــاس مــا سبق عن الــرافعي في الإفــراد من جـعله كالمخفوض ؛ لأنه أدون أن يكون كذلك في التركيب ، والعطف أيضاً . قال : ويتحصل من ذلك آثنتا عشرة مسألة ؛ لأن كذا إما أن يؤتى بها مفردة أو مركبة أو معطوفة ، والدرهم إما أن يرفع أو ينصب أو يجرّ أو يسكن ثلاثة في أربعة يحصل ما ذكر ، والواجب في جميعهـا درهم إلا إذا عطف ونصب تمييزها فدرهمان،وجزم ابن المقري تبعاً للبلقيني ، بـأن ثم كالـواو أي والفاء كذلك ، ولو قال : كذا بل كذا ففيه وجهان حكاهما المـاوردي : أحدهمـا يلزمه شيء واحد ، والثاني : يلزمـه شيئان ، وهـذا أوجه ؛ لأنـه لا يسوغ رأيت زيـداً بل زيـداً إذا عنى

وَلَوْ قَالَ أَلْفٌ ودِرْهَمٌ قُبِلَ تَفْسِيرُ الأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ ، وَلَوْ قَالَ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَماً فَالجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ قَالَ الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقْرَرْتُ بِهَا نَاقِصَةَ الْوَزْنِ ، فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ تَامَّةَ الْوَزْنِ فَالصَّحِيحُ قَبُولُهُ إنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلاً ،

الأوّل ، وإنما يصح إذا عنى غيره **(ولو قال)** : له عليّ **(ألف ودرهم قبل تفسير الألف بغير الدراهم)** من المال كألف فلس كما في عكسه وهو درهم وألف ؛ ولأن العطف إنما وضع للزيادة ولم يوضع للتفسير وسواء أفسره بجنس واحد أم أجناس . قال القاضي حسين : ولو قال ألف ودرهم فضة فينبغي أن يكون الألف أيضاً فضة اهـ ، وهو ظاهر بخلاف ما لو قال له عليّ ألف وقفيز حنطة فإن الألف مبهمة إذ لا يقال : ألف حنطة ويقال : ألف فضة ، ولو قال : له عليّ ألف درهم برفعهما أو نصبهما أو خفضهما منوّنين ، أو نصب الدرهم أو خفضه أو سكنه أو نصب الألف منوّناً ورفع الدرهم أو خفضه أو سكنه كان له تفسير الألف بما عدده ألف وقيمته درهم ، وكأنه قال : ألف مما قيمة الألف منه درهم **(ولو قال)** له عليّ **(خمسة وعشرون درهماً)** أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً ، أو ألف وخمسة عشر درهماً ، أو ألف ونصف درهم **(فالجميع)** من الخمسة والعشرين وما بعدها **(دراهم على الصحيح)** ؛ لأنه جعل الدرهم تمييزاً ، فالظاهر أنه تمييز لكل من المذكورات بمقتضى العطف ، والظاهر كما قال شيخنا ، أنه لو رفع الدرهم أو نصبه في الأخيرة كان الحكم كذلك ، ولا يضرّ فيه اللحن ، وأنه لو رفعه أو نصبه فيها لكن مع تنوين نصف أو رفعه أو خفضه في بقية الصور لزمه ما عدده العدد المذكور وقيمته درهم أخذاً مما مرّ في ألف درهم منوّنين مرفوعين . والوجه الثاني : يقول : الخمسة في مثال المصنف مجملة والعشرون مفسرة بالدراهم لمكان العطف فألحقت بألف ودرهم . قال المتولي : وعلى هذا لو قال : بعتك هذا الثوب بمائة وخمسين درهماً لا يصح البيع ، ولم يقل به أحد اهـ ولو قال : له عليّ خمسة عشر درهماً فالكل دراهم جزماً ؛ لأنهما اسمان جعلا اسماً واحداً ، فالدرهم تفسير له **(و)** المعتبر في الدراهم المقرّ بها دراهم الإسلام وإن كانت دراهم البلد أكثر منها وزناً ما لم يفسره المقرّ بما يقبل تفسيره ، فعلى هذا **(لو قال : الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن)** كدراهم طربة كل درهم منها أربعة دوانق **(فإن كانت دراهم البلد)** أو القرية التي أقرّ بها **(تامّة الوزن)** أي كاملة بأن يكون وزن كل درهم منها ستة دوانق **(فالصحيح قبوله)** أي : التفسير بالناقصة **(إن ذكره متصلاً)** بالإقرار كما في الاستثناء ، والثاني : لا

وَمَنْعُهُ إنْ فَصَلَهُ عَنِ الإِقْرَارِ ، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً قُبِلَ إنْ وَصَلَهُ ، وَكَذَا إنْ فَصَلَهُ في النَّصِّ ، وَالتَّفْسِيرُ بِالمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ ،

يقبل ؛ لأن اللفظ صريح في التامّ وضعاً وعرفاً ، والأوّل يمنع دعوى الصراحة **(ومنعه إن فصله عن الإقرار)** ويلزمه دراهم تامّة إلا أن يصدّقه المقرّ له ؛ لأن اللفظ وعرف المحل ينفيان ما يقوله . والثاني : يقبل ؛ لأن اللفظ محتمل له والأصل براءة الذمة ، وتقدّم في الزكاة معرفة الدرهم التامّ فليراجع ، وإذا قبلنا تفسيره بالناقصة روجع كما صرّح به الصيمري ، فإن تعذر بيانه نزل على أقلّ الدراهم **(وإن كانت)** دراهم المحل المذكور **(ناقصة قبل)** قوله : **(إن وصله)** بالإقرار جزماً ؛ لأن اللفظ والعرف يصدّقانه فيه **(وكذا إن فصله)** عنه **(في النص)** حملاً لكلامه على عرف المحل كما في المعاملات ، وفي وجه لا يقبل حملاً لإقراره على وزن الإسلام ، ويجري الخلاف فيما إذا أقرّ بمحل أوزانهم فيه أكثر من دراهم الإسلام ، فإن قال : أردت الإسلامي متصلاً قبل على الصحيح أو منفصلاً فلا **(والتفسير بالمغشوشة)** من الدراهم **(كهو)** أي التفسير **(بالناقصة)** ، ففيها الخلاف والتفصيل السابقان في الناقصة ؛ لأن الغشّ نقص في الحقيقة ؛ ولو فسرها بجنس من الفضة رديء أو بدراهم سكتها غير جارية في ذلك المحل قبل تفسيره ولو منفصلاً كما لو قال : له عليّ ثوب ثم فسره بجنس رديء ، أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه ، ويخالف تفسيره بالناقص لدفع ما أقرّ به بخلافه هنا ، ويخالف البيع ، حيث يحمل على سكة البلد ؛ لأن البيع إنشاء معاملة ، والغالب أنها في كل محل تقع بما يروج فيه ، والإقرار إخبار عن حقّ سابق يحتمل ثبوته بمعاملة في غير ذلك المحل فيرجع إلى إرادته ، ولو فسر الدراهم بما لا فضة فيه كالفلوس لم يقبل ؛ لأنها لا تسمى دراهم سواء أقاله مفصولاً أم موصولاً . نعم إن غلب التعامل بها ببلد بحيث هجر التعامل بالفضة ، وإنما تؤخذ عوضاً عن الفلوس كالديار المصرية في هذه الأزمان ، فينبغي كما قاله بعض المتأخرين أن يقبل وإن ذكره منفصلاً ، وقوله : له عليّ دريهم بالتصغير ، أو درهم صغير لزمه درهم صغير القد وازن إن كان بمحل أوزانهم فيه وافية ؛ لأن الدرهم في صريح الوازن ، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في الشكل ، وأن يكون بالإضافة إلى الدرهم البغلي ، فلا يترك الصريح بالاحتمال ، فإن كان بمحل أوزانهم ناقصة قبل قوله : إنه أراد منها ولزمه درهم ناقص منها ، وإن قال : له عليّ درهم كبير وفي المحل دراهم كبار القد وزان متسعة لزمه درهم واسع منها ، كما في التنبيه عملاً بالاسم واللفظ ؛ لأنه أمكن اجتماعهما ، ويجب بقوله له عليّ دراهم كثيرة أو قليلة ثلاثة ، ولا

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الأَصَحِّ ، وَإِنْ قَالَ دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ ، فَإِنْ أَرَادَ المَعِيَّةَ لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ،

يشترط تساويهما في الوزن ، بل يكفي أن تكون الجملة زنة ثلاثة دراهم ، ويجب بقوله : له عليّ أقلّ عدد الدراهم درهمان ؛ لأن الواحد ليس بعدد (**ولو قال : له عليّ من درهم إلى عشرة لزمه تسعة في الأصح**) إخراجاً للطرف الأخير وإدخالاً للأوّل ؛ لأنه مبدأ الالتزام ، وقيل : عشرة إدخالاً للطرفين ، وقيل : ثمانية إخراجاً لهما : كما لو قال : عندي أو بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار فإنهما لا يدخلان ، وفرق الأوّل بأن المقرّ به أو المبيع هناك الساحة وليس الجدار منها بخلاف الدراهم . قال بعض المتأخرين : وذكر الجدار مثال فالشجرة كذلك ، بل لو قال : من هذه الدراهم إلى هذه الدراهم فكذلك فيما يظهر ؛ لأن القصد التحديد لا التقييد اهـ وما بحثه في الدراهم ممنوع بالفرق المذكور ، وهذه المسألة قد سبق ذكرها في الضمان ، فالحكم فيه وفي الإقرار والإبراء والوصية واليمين والنظر واحد . فإن قيل قد قالوا فيما لو قال لزوجته : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث إنه يقع عليه الثلاث ، فقياسه لزوم العشرة هنا . أجيب بأن عدد الطلاق محصور فأدخلوا فيه الطرفين بخلافه هنا ، وإن قال له عليّ ما بين الدرهم والعشرة أو ما بين الدرهم إلى العشرة لزمه ثمانية إخراجاً للطرفين ؛ لأن ما بينهما لا يشملهما (**وإن قال**) له عليَّ (**درهم في عشرة ، فإن أراد المعية**) بأن قال : أردت مع العشرة دراهم له (**لزمه أحد عشر**) درهماً ؛ لأن في تستعمل بمعنى مع كما في قوله تعالى ﴿فَٱدْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ . فإن قيل : قد جزموا فيما لو قال : له عليَّ درهم مع درهم أنه يلزمه درهم واحد ، لاحتمال أن يريد مع درهم لي فمع نية مع أولى . أجيب بأن قصد المعية في قوله : درهم في عشرة بمثابة حرف العطف ، والتقدير له درهم وعشرة ، ولفظ المعية مرادف لحرف العطف بدليل تقديرهم في جاء زيد وعمرو بقولهم : مع عمرو ، بخلاف قوله له عليَّ درهم مع درهم ، فإن مع فيه لمجرّد المصاحبة ، والمصاحبة تصدق بمصاحبة درهم لدرهم غيره ، ولا يقدّر فيها عطف بالواو ، ولهذا لا يلزمه ، إلا درهم إلا أن يريد مع درهم آخر يلزمني فيلزمه درهمان ، وأيضاً فقوله : درهم مع درهم صريح في المعية ، ودرهم في عشرة صريح في الظرفية ، فإذا نوى بالثانية المعية لزمه الجميع عملاً بنيته ، وإن أراد به المعية لم يصح تقدير المعية بالمصاحبة لدرهم آخر ؛ لأن فيه تكثير المجاز وهو ممتنع ، وأيضاً امتنع ذلك ؛ لأن المعية مستفادة لا من اللفظ بل من نيته ، فلو قدّر معه مجاز الإضمار لكثر المجاز ، وأما قوله : درهم مع درهم

أَوِ الحِسَابِ فَعَشَرَةٌ وَإِلَّا فَدِرْهَمٌ .

فصـــل

قَالَ : لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ أَوْ ثَوْبٌ في صُنْدُوقٍ لَا يَلْزَمُـهُ الظَّرْفُ ، أَوْ غِمْـدٌ فِيهِ سَيْفٌ أَوْ صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ لَزِمَهُ الظَّرْفُ وَحْدَهُ ،

آخـر فهو ظـاهر في المعيـة المطلقـة ، فـإذا أطلق لم يلزمـه إلا درهم ، فحصـل الفـرق من وجهين . فإن قيل : سلمنـا وجوب أحـد عشر ، فينبغي أن يلزمـه درهم ، ويرجـع في تفسير العشرة إليه كما لو قـال : له عليَّ ألف درهم فـإن الألف مبهمة ويـرجع في تفسيـرها إليـه . أجيب بـأن قـولـه . ألف ودرهم فيــه عـطف الـدرهم على الألف والألف مبهم ، وههنـا بالعكس ، فإن عطف العشرة تقـديراً على الـدرهم والدرهم غيـر مبهم ، فكانت العشـرة من جنسه ؛ لأن الأصل مشاركة المعطوف للمعطوف عليه ، وأجيب أيضاً بمـا قدّرتـه في كلامـه لكن الجـواب الأوّل أولى ؛ لأنه يشمـل مـا إذا لم تعلم لـه إرادة **(أو)** أراد **(الحسـاب)** وهـو يعرفه **(فعشرة)** تلزمه ؛ لأنها موجبـة عندهم ، فـإن لم يعرف الحسـاب فدرهم ، وإن قـال : أردت ما يريده الحساب كما بحثه في الكفاية فإنه الصحيح في نظيره من الطلاق **(وإلا)** بـأن لم يرد المعية ولا الحساب وأراد الظرف **(فدرهم)** ؛ لأنه المتيقن .

فَصْل

في بيان أنواع من الإقـرار مع ذكـر التعليق بالمشيئـة وبيان صحـة الاستثناء ، وقـد بدأ بالقسم الأوّل فقال : لو **(قال : له عندي سيف في غمد)** بكسر الغين المعجمـة **(أو ثوب في صنـدوق)** بضم الصاد **(لا يلزمـه الظرف)** ؛ لأنـه لم يقرّ بـه ، إذ الـظرف غيـر المـظروف ، والإقـرار يعتمد اليقين **(أو غمـد فيه سيف ، أو صنـدوق فيه ثـوب لزمـه الـظرف وحـده)** لا المظروف لما مرّ ، وهكذا كل ظرف ومظروف لا يكون الإقرار بأحدهما إقـراراً بالآخـر ، فلو قال : له عندي جارية في بطنها حمل أو خـاتم فيه أو عليـه فصّ أو دابة في حـافرهـا نعل أو قمقمة عليها عروة أو فرس عليها سرج لـزمته الجـارية والـدابة والقمقمـة والفرس لا الحمـل والنعـل والعروة والسـرج ، ولو عكس عكس الحكم ، ولـو قال : لـه عنـدي جـاريـة وأطلق وكانت حاملاً لم يدخل الحمل لأن الجـارية لم تتنـاوله ، بخـلاف البيع ، لأن الإقـرار إخبار عن حق سابق كما مرّ ، وربما كانت الجارية له دون الحمل بأن كـان موصى بـه ، ولهذا لـو

أَوْ عَبْدٌ عَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ لَمْ تَلْزَمْهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ ، أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ لَزِمَهُ الجَمِيعُ ، وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ ،

قال : هذه الدابة لفلان إلا حملها صح ، ولو قال : بعتكها إلا حملها لم يصح ، والشجرة كالجارية ، والثمر كالحمل فيما ذكر ، ولو قال : له عندي خاتم ، وكان فيه فصّ دخل في الإقرار ، لأن الخاتم يتناوله ، فإن قال : لم أرد الفصّ لم يقبل منه ؛ لأنه رجوع عن بعض ما أقرّ به ، وإنما لم يتناوله في خاتم فيه أو عليه فص كما مر لقرينة الوصف الموقع في الشك **(أو)** قال : له عندي **(عبد على رأسه عمامة)** بكسر العين وضمها **(لم تلزمه العمامة على الصحيح)** لما مر . والثاني : تلزمه ؛ لأن العبد له يد على ملبوسه ويده كيد سيده ، وردّ بأنه لو باعه لم تدخل في البيع فكذا في الإقرار : إذ الضابط في ذلك كما قاله القفال وغيره : أن كل ما يدخل تحت مطلق البيع يدخل تحت الإقرار ، وما لا فلا إلا الثمرة غير المؤبرة والحمل والجدار ، فإنها تدخل في البيع ولا تدخل في الإقرار لبنائه على اليقين ، وبناء البيع على العرف ، **(أو)** قال له : عندي **(دابة بسرجها)** أو عبد بعمامته **(أو ثوب مطرّز)** بتشديد الرّاء **(لزمه الجميع)** ؛ لأن الباء بمعنى مع كما مرّ ، والطراز جزء من المطرز وإن ركب عليه بعد نسجه . قال ابن الرفعة : ويظهر أن قوله : عليه طراز كقوله مطرز اهـ . وقال ابن الملقن : يظهر عدم اللزوم اهـ أي كخاتم عليه فصّ ، وهذا أولى ، ولو قال : له عليَّ ألف في هذا الكيس لزمه ألف وإن لم يكن فيه شيء لاقتضاء عليَّ اللزوم ، ولا نظر إلى ما عقب به ، فإن وجد فيه دون الألف لزمه تمام الألف كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف . فإن قال : له عليَّ الألف الذي في الكيس فلا تتميم لو نقص ، ولا يغرم لو لم يكن فيه شيء ؛ لأنه لم يعترف بشيء في ذمته على الإطلاق ، وفرق أيضاً بين المنكر والمعرّف ، بأن الإخبار عن المنكر الموصوف في قوّة خبرين ، فأمكن قبول أحدهما وإلغاء الآخر والإخبار عن المعرّف الموصوف يعتمد الصفة ، فإذا كانت مستحيلة بطل الخبر كله **(ولو قال)** : له **(في ميراث أبي)** أو من ميراث أبي **(ألف)** أي : ألف درهم **(فهو إقرار على أبيه بدين)** . فإن قيل : لمَ لا يصح تفسيره أيضاً بالوصية والرهن عن دين الغير أو نحو ذلك ، كما لو قال : له في هذا العبد ألف فإنه يصح أن يفسر بذلك ؟ . أجيب بأن قوله : في ميراث أبي ألف إقرار بتعلق الألف بعموم الميراث فلا يقبل منه دعوى الخصوص بتفسيره بشيء مما ذكر ؛ لأن العبد المفسر بجنايته أو رهنه مثلاً لو تلف ضاع حق المقر له في الأوّل ، وانقطع حق تعلقه بعين من التركة في الثاني ، فيصير كالرجوع عن الإقرار بما يرفع

وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ، وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ ، فَإِنْ قَالَ ودِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ بِالأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ ،وَأَمَّا الثَّالِثُ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ

كله أو بعضه ، وقضيته أنه لو فسر هنا بما يعم الميراث وأمكن قبل ، وأنه لو قال ثم: وله عبيد له في هذه العبيد ألف وفسر بجناية أحدهم لم يقبل ، وخرج بالألف الجزء الشائع كقوله : له في ميراث أبي نصفه أو ثلثه ، فلا يكون ديناً على الأب وإلا لتعلق بجميع التركة ذكره الإسنوي ، ثم قال : والظاهر صحة الإقرار لاحتمال أنه أوصى له بذلك الجزء وقبله وأجازه الوارث إن كان زائداً على الثلث ، وهذا أوجه من قول السبكي : إنه ينبغي أن يكون قوله : له في ميراث أبي نصفه كقوله : له في ميراثي نصفه ، وأن يكون قوله : له فيه ثلثه إقراراً له بالوصية بالثلث **(ولو قال)** : له **(في ميراثي من أبي)** أو في مالي أو من مالي **(ألف فهو وعد هبة)** أي وعده بأن يهبه الألف ، هذا إذا لم يرد به الإقرار ولم يذكر ما يدل على الالتزام ؛ لأنه أضاف الميراث إلى نفسه ثم جعل لغيره جزءاً منه ، وآحتمل كونه تبرعاً بخلافه فيما قبلها ، فإن أراد به الإقرار أو ذكر ما يدل على الالتزام : كقوله : له في ميراثي من أبي ألف أو له في مالي ألف بحق لزمني أو بحق ثابت لزمه ما أقر به **(ولو)** كرر المقر الدرهم بلا عطف ، كأن **(قال : له عليّ درهم درهم)** ولو زاد في التكرير على ذلك ولو ألف مرة ، وسواء أكان في مجلس أو مجالس عند حاكم أو عند غيره **(لزمه درهم)** لاحتمال إرادة التأكيد **(فإن)** كرر الدرهم مع العطف ، كأن **(قال)** : له علي درهم **(ودرهم)** أو درهم ثم درهم **(لزمه درهمان)** ؛ لأن العطف يقتضي المغايرة ، وثم كالواو ، وأما الفاء فالنص فيها لزوم درهم إذا لم يرده العطف ؛ لأنها تأتي لغيره فيؤخذ باليقين . فإن قيل : لو قال أنت طالق فطالق لزمه طلقتان فهلا كان يلزمه درهمان ؟ . أجيب بأنه قد يريد فدرهم لازم لي أو أجود منه ، ومثله لا ينقدح في الطلاق ، وبأن الإنشاء أقوى وأسرع نفوذاً ، ولهذا يتعدّد اللفظ به في يومين بخلاف الإقرار ، وآعترض الرافعي الفرق الأوّل بأنه قد يريد فطالق مهجورة أو لا تراجع أو خير منك أو نحوه . وأجيب بأن ذلك صرف للصريح عن مقتضاه . أما إذا أراد بالفاء العطف فيلزمه درهمان كما في العطف بالواو ، ومثل الطلاق الثمن ، فلو قال : بعتك بدرهم فدرهم فقبل لزمه درهمان ؛ لأنه إنشاء لا إخبار **(ولو قال : له)** عليَّ **(درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأوّلين درهمان)** لاقتضاء العطف التغاير كما مر **(وأما الثالث ، فإن أراد)** به **(تأكيد الثاني)** بعاطفه **(لم يجب به شيء)** عملاً بنيته **(وإن نوى)** به **(الاستئناف**

لَزِمَهُ ثَالِثٌ ، وكَذَا إنْ نَوَى تَأْكِيدَ الأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ ،

لزمه ثالث) عملاً بإرادته (وكذا إن نوى) بـه (تأكيـد الأوّل أو أطلق) بأن لم ينـو به شيئاً (في الأصح) ؛ لأن التأكيد في الأوّل ممنوع للفصـل والعطف ، ولهـذا اتفقوا على لـزوم درهمين في قوله ؛ درهم ودرهم ، ومقابل الأصح فيها يلزمـه درهمان ؛ لأن الثـاني في قولـه : درهم ودرهم معطوف على الأوّل فامتنع تأكيده ، وهنا الثلث معطوف على الثاني على رأي فـأمكن أن يؤكد الأوّل به ، وأما الثانية فلأن تأكيد الثاني بالثـالث وإن كان جـائزاً لكنـه إذا دار اللفظ بين التأسيس والتأكيد كأن حمله على التأسيس أولى ، فعلى هذا لو كرّر ألف مرّة فأكثر لزمـه بعـدد ما كـرّر ، ومقابـل الأصح فيهـا يلزمه درهمـان ؛ لأنه وإن كـان الأصـل التـأسيس لكن عارضه كون الأصل براءة الذمـة فتعارضـا فتساقـطا ، فلم يبقَ للثالث مقتض فـاقتصرنـا على الدرهمين .

تنبيـه : لو عبر في الثانية بـالمذهب كمـا في الروضـة لكان أولى فـإن الأكثرين قـطعوا بهـا ، وقيل قـولان كنظيـره من الطلاق ، وفـرّق الأوّلون بـأن التأكيـد في الطلاق أكثـر ، لأنه يقصد به التخويف والتهديد ، والعطف بثمّ كالواو فيها ذكر ، لكن لو عطف بثمّ في الثالث ، كقوله : درهم ودرهم ثمّ درهم لزمه ثلاثة بكـل حال ، إذ لا بـدّ من اتفاق حـرف العطف في المؤكد والمؤكد .

فـروع : لـو قال : لـه عليّ درهم بل درهم أو لا بـل أو لكن درهم لـزم درهم ؛ لأنـه ربما قصد الاستدراك فتذكـر أنه لا حـاجة إليـه فقصد الأوّل ، وإن قـال : له عليّ درهم بـل درهمان أو لا بل أو لكن درهمان لزمه درهمان لتعـذر نفي ما قبـل أو لكن لاشتمال مـا بعدهـا عليه . فإن قيل : لو قال أنت طالق طلقة بل طلقتين لزمه ثـلاث ، فهلا كـان هنا كـذلك ؟. أجيب بأن الطلاق إنشاء ، فإذا أنشأ طلقة ، ثم أضرب عنها إلى إنشاء طلقتين لا يمكن إنشاء إعادة الأولى مع الثانية ؛ لأن تحصيل الحاصل محال والإقرار إخبار ، فـإذا أخبر بـالبعض ثم أضـرب عن الإخبار بـه إلى الإخبار بـالكل جـاز دخول البعض في الكـل ، هذا إذا لم يعين الدرهمين ولم يختلف الجنس ، فإن عينهما أو اختلف الجنس كقولـه : له هـذا الدرهم بـل هذان الدرهمان أو له عليّ درهم لا بـل دينار لـزمه ثـلاثة دراهم في الأول ودرهم ودينـار في الثاني لعدم دخول ما قبل بل فيما بعدها ، ولا يقبل رجوعه عنـه وكاختـلاف الجنس اختلاف النوع والصفة ، ولو قال : له عليّ درهمان بل درهم أو لا بل درهم أو درهم ودرهم بل درهم

وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَامْتَنَعَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ ، وَلَوْ بَيَّنَ وَكَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فَلْيُبَيِّنْ وَلْيَدَّعِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ في نَفْيِهِ ،

لزمه درهمان مؤاخذة له بإقراره الأوّل ، ولو قال : له عليّ درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم ، ولو قال : له عليّ درهم مع درهم أو فوق أو تحت درهم أو معه أو فوقه أو تحته درهم لزمه درهم فقط ؛ لأنه ربما يريد مع أو فوق أو تحت درهم لي أو معه أو فوقه أو تحته درهم لي ، أو يريد فوقه في الجودة وتحته في الرّداءة ومعه في أحدهما ، ويلزمه درهمان فيما لو قال : له عليّ درهم قبل أو بعد درهم أو قبله أو بعده درهم لاقتضاء القبلية والبعدية المغايرية وتعذر التأكيد ، وفرّقوا بين الفوقية والتحتية وبين القبلية والبعدية بأنهما يرجعان إلى المكان فيتصف بهما نفس الدرهم ، والقبلية والبعدية يرجعان إلى الزمان ولا يتصف بهما نفس الدرهم ، فلا بدّ من أمر يرجع إليه التقدّم والتأخر ، وليس إلا الوجوب عليه ، وهنا اعتراض للرافعي ذكرته في الجواب عنه في شرح التنبيه **(ومتى أقرّ بمبهم)** ولم يمكن معرفته بغير مراجعته **(كشيء وثوب وطولب بالبيان فامتنع ، فالصحيح أنه يحبس)** ؛ لأن البيان واجب عليه ، فإذا آمتنع منه حبس كالممتنع من أداء الدين وأولى ؛ لأنه لا وصول إلى معرفته إلا منه ، والثاني : لا يحبس لإمكان حصول الغرض بدون الحبس . أما إذا أمكن معرفته بغير مراجعته ، كقوله : له عليّ من الدراهم قدر ما باع به فلان فرسه فلا يحبس بل نرجع إلى ما أحال عليه ، وكذا لو أمكن معرفته باستخراجه من الحساب كقوله لزيد عليّ ألف إلا نصف ما لعمرو عليّ ، ولعمرو عليّ ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ . ومن طرق معرفة ذلك أن تجعل لزيد شيئاً وتقول : لعمرو ألف إلا ثلث شيء فتأخذ نصفه وهو خمسمائة إلا سدس شيء وتسقطه من ألف زيد يبقى خمسمائة وسدس شيء وذلك يعدل الشيء المفروض لزيد ؛ لأنه جعل له ألفاً إلا نصف ما لعمرو فتسقط سدس شيء بسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة فيكون الشيء التام ستمائة وهو ما لزيد ، فإذا أخذت ثلثها وهو مائتان وأسقطته من الألف بقي ثمانمائة وهو ما أقر به لعمرو **(ولو بين)** المقر إقراره المبهم تبييناً صحيحاً **(وكذبه المقرّ له)** في ذلك **(فليبين)** جنس الحق وقدره **(وليدّع)** به **(والقول قول المقر)** بيمينه **(في نفيه)** ثم إن فسره ببعض الجنس المدّعى به كمائة ودعوى المقر له مائتان ، فإن قال المقر : له أراد المقر بالمبهم المائة ثبتت باتفاقهما وحلف المقر على نفي الزيادة ، وإن قال : أرادهما حلف على نفي الزيادة وعلى نفي الإرادة لهما يميناً واحدة لاتحاد الدعوى ، فإن نكل حلف المدّعي على الاستحقاق لهما لا على إرادة المقر لهما ؛

وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ ، وَإِنْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ دَخَلَ الأَقَلُّ فِي الأَكْثَرِ ، فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ أَوْ قَالَ قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشَرَةً ثُمَّ قَالَ قَبَضْتُ يَوْمَ الأَحَدِ عَشَرَةً لَزِمَا ، وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ لَزِمَهُ الأَلْفُ فِي الأَظْهَرِ ،

لأنه لا اطلاع له عليها ، وإن كذبه في استحقاق ما فسر به بطل الإقرار فيه وإلا ثبت ، ولو اقتصر على دعوى الإرادة وقال ما أردت بكلامك ما وقع التفسير به وإنما أردت كذا لم يسمع منه ذلك ؛ لأن الإقرار والإرادة لا يثبتان حقاً فعليه أن يدّعي الحقّ لنفسه ، فإن مات المقرّ قبل البيان طولب به الوارث ، فإن امتنع وقفت التركة كلها لا أقل متموّل منها حتى يبين الوارث ؛ لأنها وإن لم تدخل في التفسير مرتهنة بالدين ، ولا يخالف صحة التفسير بالسرجين ونحوه ؛ لأنا لم نتيقن عدم إرادة المال فيمتنع التصرّف في الجميع احتياطاً ، فإن بين المقرّ له زيادة على ما فسر به الوارث صدق الوارث بيمينه كالمقرّ وتكون يمينه على نفي إرادة مورثه زيادة ؛ لأنه قد يطلع في حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره . وهنا سؤالان ذكرتهما مع جوابهما في شرح التنبيه (**ولو أقرّ له**) أي لشخص (**بألف**) مثلاً في يوم (**ثم أقرّ له بألف في يوم آخر لزمه ألف فقط**) وإن كتب بذلك وثيقة وأشهد عليه فيها ؛ لأن الإقرار إخبار ، ولا يلزم من تعدّده تعدّد المخبر عنه ، وهذا يقتضي أن النكرة إذا أعيدت كانت عين الأولى ، ولو عرف الألف في اليوم الثاني كان أولى بالاتحاد (**وإن اختلف القدر**) المقرّ به في اليومين ولم يتعذر دخول أحد الإقرارين في الآخر كأن أقرّ بخمسة ثم بعشرة أو عكس (**دخل الأقلّ في الأكثر**) إذ يحتمل أنه ذكر بعض ما أقرّ به في أحدهما ، هذا إذا أمكن الجمع بين الإقرارين (**فلو**) تعذر كأن (**وصفهما بصفتين مختلفتين**) كصحاح ومكسرة (**أو أسندهما إلى جهتين**) كبيع وقرض (**أو قال : قبضت يوم السبت عشرة ، ثم قال : قبضت يوم الأحد عشرة لزما**) أي القدران في الصور الثلاث ؛ لأن اتحادهما غير ممكن ، فإن قيد أحدهما وأطلق الآخر لم يتعدّد وحمل المطلق عليه كما أشار إليه المصنف بقوله صفتين . وأما قوله مختلفتين فلا حاجة إليه وإن ذكره في المحرّر فإن الصفتين لا يكونان إلا مختلفتين كما لم يحتج إليه في الجهتين إذ لم يقل فيهما مختلفتين ؛ لأنهما لا يكونان إلا كذلك (**ولو قال : له عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب أو**) له عليّ (**ألف**) لكن (**قضيته**) وذكر ذلك متصلاً (**لزمه الألف في الأظهر**) عملاً بأوّل الإقرار وإلغاء لآخره ؛ لأنه وصل به ما يرفعه فأشبه

وَلَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْتُ قُبِلَ على المَذْهَبِ وَجُعِلَ ثَمَناً ،

قوله : له عليّ ألف لا تلزمني . والثاني : لا يلزمه شيء ؛ لأن الكل كلام واحد فتعتبر جملته ولا يتبعض كقوله لا إله إلا الله لا يكون كفراً وإيماناً . أما إذا فصله عن الإقرار فيلزمه جزماً ، ولو قدّمه كقوله : له عليّ من ثمن خمر ألف لم يلزمه جزماً كما في الروضة وأصلها ، وظاهر إطلاقهم في مسألة التقديم أنه لا فرق بين المسلم والكافر ؛ لأن الكفار إذا ترافعوا إلينا إنما نقرّهم على ما نقرّهم عليه لو أسلموا ، ولو قال : كان من ثمن خمر فظننته يلزمني حلف المقرّ له على نفيه رجاء أن يقرّ أو يردّ اليمين عليه فيحلف المقرّ ولا يلزمه . قال الإمام : وكنت أودّ لو فصل بين أن يكون المقرّ جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزمه ، وبين أن يكون عالماً فيعذر الجاهل دون العالم لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب . وقال الأذرعي : كنت أودّ لو فصل فاصل بين أن يكون المقرّ يرى جواز بيع الكلب الصائد كما هو مذهب جماعة من العلماء ، وبين أن لا يكون كذلك ، بل كثير من عوامنا الذين لا مذهب لهم يظنون جواز بيعه ولزوم ثمنه اهـ لكن فائدة ذلك التحليف كما مرّ كما لو أقرّ ، بأنه لا دعوى له على عمرو ثم خصص ذلك في شيء كأن قال : إنما أردت في عمامته وقميصه لا في داره وبستانه فإن لا يقبل ، وله تحليف المقرّ له أنه ما علمه قصد ذلك **(ولو قال)** : له عليّ ألف ووصله بقوله **(من ثمن عبد)** أو هذا العبد مثلاً ، ثم قال ولو منفصلاً **(لم أقبضه)** سواء أقال : **(إذا سلمه سلمت)** أم لا وأنكر المقرّ له البيع وطلب الألف **(قبل على المذهب)** ؛ لأن ما ذكره آخراً لا يرفع ما قبله **(وجعله ثمناً)** أي أجرى عليه أحكامه حتى لا يجبر على التسليم إلا بعد قبض العبد . والطريق الثاني : طرد القولين في المسألة قبلها : أحدهما لا يقبل عملاً بأوّل كلامه .

تنبيه : قوله : من ثمن عبد لا بدّ من ذكره متصلاً كما مر ؛ فإن فصله لم يقبل ، وقوله : إذا سلمه سلمت لا حاجة إليه كما تقرر ، وكذا قوله : وجعل ثمناً مع قبول دعواه أنه ثمن ، ولهذا لم يذكره في الروضة ، وإنما نكر المصنف العبد ولا فرق بين تنكيره وتعريفه كما قدّرته في كلامه ؛ لأن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه يوافق عند التعريف ويخالف عند التنكير ، فأشار إلى النص على خلافه ، ولو قال : اشتريت من زيد عبداً بألف إن سلم سلمت قبل جزماً كما قاله البغوي وغيره : أو قال : أقرضني ألفاً ثم ادّعى أنه لم يقبضه قبل قوله كما قاله الماوردي ، وظاهره أنه لا فرق بين أن يذكره متصلاً أو منفصلاً ، لكن في الشامل إن قاله منفصلاً لا يقبل وهذا أوجه . ثم شرع في القسم الثاني وهو بيان التعليق

وَلَوْ قَالَ لَـهُ عليَّ أَلْفٌ إنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ على المَذْهَبِ ، وَلَوْ قَالَ أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ لَزِمَهُ ، وَلَوْ قَالَ لَـهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ أَرَدْتُ بِهِ هٰـذَا وَهُوَ وَدِيعَـةٌ فَقَالَ المُقَـرُّ لَهُ لِي عَلَيْـهِ أَلْفٌ آخَرُ صُـدِّقَ المُقِـرُّ في الأَظْهَـرِ بِيَمِينِـهِ ،

بـالمشيئـة ، فقـال : (ولـو قــال : لـه عليّ ألف إن شـــاء الله) أو إن لم يشـأ الله ، أو إلا أن يشاء الله ، أو إن شئت أو شاء فـلان (لم يلزمه شيء على المـذهب) سواء أقـدم الألف على المشيئة أم لا ؛ لأنه لم يجزم بالالتزام بل علقـه بالمشيئـة ، ومشيئة الله تعـالى وعدمهـا مغيبة عنـا ، ومشيئة غيـر الله لا توجب شيئـاً . وقال : الثـاني إنه على القـولين في قـولـه من ثمن خمر ؛ لأن آخره يرفع أوّله ، وفرق الأوّل بأن دخول حرف الشرط على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية ، وحينئذ يلزم تغيير معنى أوّل الكلام ، وقوله من ثمن خمر لا يغير ذلك بل هو لبيان جهته فلا يلزم من إلغـاء الإقرار عنـد التعليق وعدم تبعيضـه حذراً من جعله جزء الجملة جملة برأسهـا إن تبعض الخمر ونحـوه ، ولو قـال : له عليّ ألف إن جـاء رأس الشهر مثلاً لم يلزمه لما مرّ إلا إن قصد التأجيل ولو بأجل فاسد فيلزمه مـا أقرّ بـه ، ولكن من عقب إقراره بذكر أجل صحيح متصل ثبت الأجل بخلاف ما إذا لم يذكره صحيحاً كقـوله إذا قدم زيد ، وما إذا كان صحيحاً لكن ذكره منفصلاً .

تنبيـه : يشتـرط قصد الاستثنـاء قبـل فـراغ الإقـرار ، وأن يتلفظ بـه بحيث يسمـع من بقربه ، وأن لا يقصد بمشيئة الله تعالى التبرّك ، ولـو قال ابتـداء كان لـه عليّ ألف قضيته لم يلزمه شيء لأنه لم يلتـزم في الحال شيئـاً ، ولو واطـأ الشهود على الإقـرار بما ليس عنـده أو عليه ثم أقرّ بشيء لزمه ما أقرّ به كقوله له عليّ ألف لا يلزمني (ولـو قال) : لـه عليّ (ألف لا يلزم لزمه) ؛ لأنه غير منتـظم فلا يبـطل به الإقـرار ، وكذا لـو قال : لـه عليّ ألف لا أو ألف أو لا بإسكان الواو (ولو قال له عليّ ألف ثم جـاء بألف وقـال) بعد الفصـل كما يفهم من ثم (أردت به هذا ، وهو وديعة ، فقال المقـرّ له: لي عليك ألف آخـر) غير ألف الـوديعة وهـو الـذي أردته بـإقرارك (صـدق المقرّ في الأظهـر بيمينه) ، لأن الـوديعـة يجب عليـه حفـظهـا والتخلية بينها وبين مالكها ، فكأنه أراد بعليّ الإخبار عن هذا الـواجب ، وقد تستعمـل عليّ بمعنى عنـدي وفسر بـذلك قـوله تعـالى ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ﴾ وكيفيـة اليمين أن يحلف أنـه لا يلزمه تسليم ألف آخر إليه ، وأنه ما أراد بإقراره إلا هذه ، قـاله القـاضي . والثاني : يصـدق المقر له بيمينه أن له عليه ألفاً آخر ؛ لأن كلمة عليّ ظاهرة في الثبوت في الذمـة والوديعـة لا

فَـإِنْ كَـانَ قَـالَ فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْنـاً صُـدِّقَ المُقَـرُّ لَـهُ على المَذْهَبِ . قُلْتُ : فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا أَمَانَةٌ فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلَفَ بَعْدَ الإِقْرَارِ وَدَعْوَى الرَّدِّ ، وَإِنْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ صُـدِّقَ فِي دَعْوَى الْـوَدِيعَةِ وَالـرَّدِّ وَالتَّلَفِ قَطْعاً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ كانَ فَاسِـداً وَأَقْرَرْتُ لِظَنِّي الصِّحَّةَ لَمْ يُقْبَلْ ،

تثبت في الذمة . أما إذا قال : لـه عليَّ ألف وديعة متصـلاً ، فإنـه يقبل على المـذهب **(فإن كان قال)** : لـه عليَّ ألف **(في ذمّتي أو ديناً)** ثم جـاء بألف وفسر بالـوديعة كمـا سبق **(صدق المقـر له)** بيمينـه أن له عليـه ألفاً آخـر **(على المذهب)** ؛ لأن العين لا تكـون في الذمـة ولا ديناً . والطريق الثاني حكاية وجهين : ثانيهما القول فيـه قول المقـر لجواز أن يـريد ألفـاً في ذمتي إن تلفت الوديعة لأني تعدّيت فيها .

تنبيـه : قضية كلام المصنف أن محل الخلاف فيما إذا جاء بـألف وقال : هي هـذه . أما لو قال : له في ذمتي ألف ثم جاء بألف وقال : الألف الذي أقـررت به كـان وديعة وتلف وهذا بدله قبل لجواز أن يكون تلف لتفـريطه فيكـون البدل ثـابتاً في ذمتـه ، وهذا مـا اقتضاه كلام القاضي وغيره . وقال ابن الـرفعة : إنـه المشهور ، ولـو وصل دعـواه الوديعـة بالإقـرار كقـوله لـه عليّ ألف في ذمّتي وديعة لم يقبـل خلافـاً لما جـرى عليـه بعض المتـأخـرين من القبول ، فهو نظير ما لو قال من ثمن خمر بعد قوله له عليّ ألف لأنه يدّعي في الوديعة التلف فـلا يلزمه شيء كمـا ذكره بقـوله **(قلت)** كمـا قـال الـرافعي في الشـرح **(فـإذا قبلنـا التفسيـر بالوديعة ، فالأصح أنها أمانة فيقبل دعواه)** أي المقر **(التلف)** للوديعة **(بعـد الإقرار)** بتفسيـره **(ودعوى الردّ)** بعده ، لأن هذا شأن الوديعة . والثاني : تكون مضمونـة حتى لا يقبل دعـواه التلف والـردّ نـظراً إلى قـولـه عليّ الصـادق بـالتعـدّي فيهـا . وأجـاب الأوّل بصـدق وجوب حفظها .

تنبيـه : قوله : بعد الإقرار متعلق بالتلف ، وخرج به ما لو كان دعوى التلف والردّ قبل الإقرار ، فإنه لا يقبل كما قاله السبكي وجرى عليه الإسنوي ؛ لأن التالف والمردود لا يكون عليه **(وإن قال : له عندي أو معي ألف صدق في دعوى الوديعة ، و)** دعـوى **(الردّ والتلف)** بعد الإقرار **(قطعاً ، والله أعلم)** ؛ لأن عنـدي ومعي مشعران بـالأمانـة **(ولو أقـرّ ببيع أو هبـة وإقبـاض)** فيها **(ثم قـال : كان)** ذلـك **(فاسـداً وأقررت لـظني الصحـة لم يقبـل)** في قـولـه

وَلَهُ تَحْلِيفُ المُقِرِّ لَهُ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ المُقِـرُّ وَبرِىءَ ، وَلَـوْ قَالَ هٰذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو سُلِّمَتْ لِـزَيْدٍ ، وَالأَظْهَـرُ أَنَّ المُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو بِالإِقْرَارِ ،

بفساده ؛ لأن الاسم يحمل عند الإطلاق على الصحيح **(وله تحليف المقرّ له)** لإمكان ما يدّعيه ، وجهات الفساد قد تخفى عليه ولا يقبل منه البينة لتكذيبها بإقراره السابق **(فإن نكل)** عن الحلف **(حلف المقر)** ، أنه كان فاسداً **(وبرىء)** من البيع والهبة أي حكم ببطلانهما ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار وكالبينة وكلاهما يحصل الغرض .

تنبيه : لو عبر بدل قوله وبرىء بحكم ببطلانهما كما قدّرته في كلامه تبعاً للمحرّر والروضة لكان أولى ؛ لأن النزاع في عين ، لأنها هي التي يرد عليها البيع والهبة لا في دين ، واحترز بقوله وإقباض عما لو اقتصر على الإقرار بالهبة ، فإنه لا يكون مقراً بالإقباض ، فإن قال وهبته له وخرجت إليه منه أو ملكه لم يكن إقراراً بالقبض لجواز أن يريد الخروج إليه منه بالهبة ، نعم إن كان بيد المقرّ له كان إقراراً بالقبض ، وكذا إن قال : أقبضته له وأمكن وإن لم يكن بيد المقرّ له ، ولو قال : وهبته له وقبضه بغير رضاي ، فالقول قوله لأن الأصل عدم الرّضى نصّ عليه ، والإقرار بالقبض هنا كالإقرار به في الرهن ، فإذا قال : لم يكن إقراري عن حقيقة فله تحليف المقرّ له أنه قبض الموهوب وإن لم يذكر لإقراره تأويلاً **(ولو قال : هذه الدار)** مثلاً التي في يدي **(لزيد)** لا **(بل لعمرو ، أو غصبتها من زيد)** لا **(بل)** غصبتها **(من عمرو)** نزعت من يده و **(سلمت لزيد)** ؛ لأن مَن أقرّ بحق لآدمي لا يقبل رجوعه عنه **(والأظهر أن المقرّ)** بعد تسليمها لزيد **(يغرم قيمتها لعمرو بالإقرار)** ؛ لأنه حال بينه وبين ملكه بإقراره الأوّل ، والحيلولة سبب الضمان كما لو غصب عبداً فأبق من يده ، والثاني : لا يغرم له ، لأن الإقرار الثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه به شيء كما لو أقر بالدار التي بيد زيد لعمرو ، ولو قال : غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو سلمها لزيد لسبق إقراره وغرم لعمرو القيمة ؛ لأنه وصل إقراره الثاني بالأوّل أوّلاً تسلمها زيد بنفسه أو سلمها له الحاكم للحيلولة بإقراره الأوّل ، والحيلولة توجب الضمان كالإتلاف ، ولو عطف بثم ففي الوسيط أنه يغرم أيضاً ، ولو قال : غصبتها من زيد أو عمرو سلمت إليهما أو غصبتها من زيد وغصبتها من عمرو ، فالحكم كذلك في أحد وجهين رجحه السبكي ، ولو قال : غصبتها من زيد والملك فيها لعمرو سلمت لزيد ؛ لأنه اعترف له

وَيَصِحُّ الاِسْتِثْنَاءُ إِنِ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ ، فَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً إِلَّا ثَمَانِيَةً لَزِمَهُ تِسْعَةٌ ،

بالملك ، ولا يغرم لعمرو لجواز كونها ملك عمرو وهي في يد زيد بإجارة أو وصية بمنافعها أو نحو ذلك كرهن . ثم شرع في القسم الثالث ، وهو بيان الاستثناء ، وهو إخراج ما لولاه لدخل فيما قبله بإلا أو نحوها ، وهو من الإثبات نفي ومن النفي إثبات فقال : **(ويصح الاستثناء)** في الإقرار وغيره لكثرة وروده في القرآن وغيره ، وهو مأخوذ من الثَّني بفتح الثاء المثلثة وسكون النون وهو الرجوع ، ومنه ثنى عنان دابته ، إذا رجع فلما رجع في الإقرار ونحوه عما اقتضاه لفظه ، سمي استثناء ، واصطلاحاً إخراج لما بعد إلا وأخواتها من حكم ما قبلها في الإيجاب ، وإدخاله في النفي ، هذا **(إن اتصل)** بالمستثنى منه بحيث يعدّ معه كلاماً واحداً عرفاً فلا يضر الفصل اليسير بسكتة تنفس أو عي أو تذكر أو انقطاع صوت كما نصّ عليه في الأمّ بخلاف الفصل بسكوت طويل وكلام أجنبي ولو يسيراً ، وفي الكافي لو قال : له علي ألف درهم الحمد لله إلا مائة لزمه الألف ولو قال : ألف درهم أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء ، وهذا هو المعتمد خلافاً لابن المقري ، لأن قوله أستغفر الله لاستدراك ما سبق منه ، ولا بدّ أن ينوي الاستثناء قبل فراغ الإقرار كما مرت الإشارة إليه **(ولم يستغرق)** أي الاستثناء المستثنى منه كقوله له عليّ خمسة إلا أربعة ، فإن استغرقه كقوله : له عليّ خمسة إلا خمسة فباطل ؛ لأنه رفع ما أثبته ، ولا يجمع مفرق بالعطف في المستثنى أو المستثنى منه أو فيهما إن حصل بجمعه استغراق أو عدمه ، لأن واو العطف وإن اقتضت الجمع لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ الذي يدور عليه الاستثناء ، وهذا مخصص لقولهم : إن الاستثناء يرجع إلى جميع المعطوفات لا إلى الأخير فقط ، فلو قال : له عليّ درهمان ودرهم أو درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً لزمه ثلاثة ؛ لأن المستثنى منه إذا لم يجمع مفرقه كان الدرهم الواحد مستثنى من درهم واحد فيستغرق فيلغو ، ولو قال : له عليّ درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً ودرهماً ودرهماً لزمه ثلاثة لأنه إذا لم يجمع فرّق المستثنى والمستثنى منه كان المستثنى درهماً من درهم فيلغو ، وقس على ذلك ، **(فلو قال : له عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية لزمه تسعة)** ، لأن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه كما مرّ ، والطريق فيه ، وفي نظائره أن يجمع كل ما هو إثبات وكل ما هو نفي ويسقط المنفي من المثبت فيكون الباقي هو الواجب ، فالعشرة والثمانية في هذا المثال مثبتان ،

وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الجِنْسِ كَأَلْفٍ إلا ثَوْباً ، وَيُبَيِّنُ بِثَـوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ ،

وهما ثمانية عشرة والتسعة منفية ، فإذا أسقطتهـا من الثمانيـة عشر يبقى تسعـة ، فإن قـال مع ذلك : إلا سبعة وهكذا إلى الواحد لزمه خمسة ؛ لأن العـدد المثبت ثلاثـون والمنفي خمسة وعشرون ، فإذا أسقطتها بقي خمسـة ، ولك طـريق آخر ، وهي أن تخـرج المستثنى الأخير مما قبله وما بقي منه يخرج مما قبله فتخرج الواحد من الاثنين وما بقي تخرجه من الثلاثة وما بقي تخرجه من الأربعة وهكذا حتى ينتهي إلى الأوّل ، ولك أن تخرج الواحد من الثـلاثة ثم مـا بقي من الخمسة ثم مـا بقي من السبعة ثم مـا بقي من التسعـة ، وهـذا أسهـل من الأوّل ومحصل له فما بقي فهو المطلوب .

فـروع : لو قال : له عليّ عشرة إلا خمسـة أو ستة لـزمه أربعـة ؛ لأن الدرهـم الـزائد مشكوك فيه ، هذا إن تعذرت مراجعته كمـا إذا قال : أنت طـالق طلقة واحـدة أو اثنتين فإنـه يعين . فإن قيل : هـلا لزمـه خمسة ، لأنـه أثبت عشرة واستثنى خمسـة وشككنا في استثنـاء الدرهم السادس . أجيب بأن المختار أن الاستثناء لبيان ما لم يرد بأوّل الكلام ، لا أنه إبطال مـا ثبت ولو قـال : له عليّ شيء إلا شيئـاً أو مال إلا مـالاً أو نحو ذلـك ، فكل من المستثنى والمستثنى منه مجمل فليفسرهما ، فـإن فسر الثـاني بأقـل مما فسـر به الأوّل صـح الاستثناء والإلغاء ، ولو قـال : له عليّ ألف إلا شيئـاً أو عكس ، فالألف والشيء مجمـلان فيفسرهمـا ويجتنب في تفسيره الاستغراق ، ولو قال : لـه عليّ ألف إلا درهماً فـالألف مجمل فليفسـره بما فوق الدرهم ، فلو فسره بما قيمته درهم فما دونه لغا الاستثناء والتفسير للاستغـراق ، ولو قال : ليس له عليّ شيء إلا خمسة لزمـه خمسة أو قـال : ليس له عليًّ عشـرة إلا خمسة لم يلزمه شيء ؛ لأن العشرة إلا خمسة خمسة فكأنه قـال : ليس له عليًّ خمسـة ، فجعل النفي الأوّل متوجهاً إلى مجمـوع المستثنى والمستثنى منه ، وإن خـرج عن قاعـدة أن الاستثناء من النفي إثبات ، وإنما لزمه في الأوّل خمسة ؟ لأنه نفي مجمل فيبقى عليه ما استثناه ، ولو قدم المستثنى على المستثنى منه صح كما قاله الرافعي في أول كتاب الإيمان **(ويصـح)** الاستثناء **(من غير الجنس)** أي جنس المستثنى منه **(كألف)** من الدراهم **(إلا ثـوباً)** لـوروده في القرآن وغيره ، ومنه قوله تعالى ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِي إِلَّا رَبَّ العَالَمِينَ﴾ وقـوله تعـالى ﴿مَا لَهُمْ مِنْ عَلْمٍ إِلَّا اتِّبَاعَ الظَّنِّ﴾ **(ويبين بثوب قيمته دون ألف)** حتى لا يستغرق ، فإن فسره بثوب قيمته ألف بطل التفسير ، وكـذا الاستثناء على الأصـح فيلزمه ألف ؛ لأنـه بين ما أراد بـالاستثناء فكـأنه

وِمِنَ الْمُعَيَّنِ كَهَـٰذِهِ الـدَّارُ لَـهُ إلَّا هَـٰذَا الْبَيْتَ ، أَوْ هَـٰذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إلَّا ذَا الدِّرْهَمَ، وفِي الْمُعَيَّنِ وجْهٌ شَاذٌّ . قُلْتُ : لَوْ قَالَ هٰؤُلَاءِ الْعَبِيـدُ لَهُ إلَّا واحِداً قُبِلَ ورَجَعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ مَاتُوا إلَّا وَاحِداً وزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَثْنَىٰ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ على الصَّحِيحِ ، واللهُ أَعْلَمُ .

تلفظ به وهو مستغرق ، ولو قال : له عليّ ألف إلا ديناراً رجع في تفسير الألف إليه وأسقط منه الدينار لما مر .

حيلة : لو كان لشخص على آخر ألف درهم وله عليه قيمة عبد أو ثوب أو عشرة دنانير ويخاف إن أقرّ له جحده قال ابن سراقة : فطريقه أن يقول : له عليّ ألف درهم إلا عبداً أو إلا ثوباً أو إلا عشرة دنانير ، فإن الحاكم يسمع إقراره ويستفسره فإن فسره بأقلّ من ألف حلفه أن جميع ما عليه ذلك ولم يلزمه غيره ، وتقوّم قيمة العبد أو الثوب أو الدنانير ويسقطها من الألف (و) يصح الاستثناء (من المعين) كما يصح من المطلق ، سواء أكان المستثنى مجهولاً أم معلوماً (**كهذه الدار له إلا هذا البيت أو هذه الدراهم له ، إلا ذا الدرهم**) أو هذا القطيع له إلا هذه الشاة لأنه إخراج بلفظ متصل فهو كالتخصيص ، وعلله الشافعي رحمه الله تعالى في الأم بأنه كلام صحيح ليس بمحال (**وفي المعين وجه شاذ**) ، أنه لا يصح الاستثناء منه ، لأن الإقرار بالمعين يقتضي الملك فيها تضميناً فيكون الاستثناء رجوعاً بخلاف الإقرار بالدين . ثم أشار إلى صحة استثناء المجهول من المعين فقال : (**قلت**) كما قال الرافعي في الشرح لو كان المستثنى مجهولاً كما (**لو قال : هؤلاء العبيد له إلا واحداً قبل**) وإن كان المستثنى مجهولاً كما لو قال : له عليّ عشرة إلا شيئاً إذ لا فرق بين المعين والدين (**ورجع في البيان إليه**) ؛ لأنه أعرف بمراده ويلزمه البيان ، فإن مات قام وارثه مقامه كما قاله القاضي حسين (**فإن ماتوا إلا واحداً وزعم أنه المستثنى صدق بيمينه**) أنه الذي أراده إذا كذبه المقر له (**على الصحيح ، والله أعلم**) لاحتمال ما ادعاه ، والثاني : لا يصدق للتهمة . أما لو قتلوا إلا واحداً وزعم أنه المستثنى ، فإنه يصدق قطعاً لبقاء أثر الإقرار وهو القيمة ، ويؤخذ من ذلك أنه لو قال : غصبتهم إلا واحداً فماتوا وبقي واحد وزعم أنه المستثنى أنه يصدق ؛ لأن أثر الإقرار باق وهو الضمان .

فروع : لو أقرّ أحد الشريكين لثالث بنصف الألف المشترك بينهما تعين ما أقرّ به في نصيبه ، وهذا فرع من قاعدة الحصر والإشاعة وفيها اضطراب ، ولذا قال الزركشي : الحقّ أنه لا يطلق فيها ترجيح بل تختلف باختلاف الأبواب والمأخذ كما في الرجعة والنذر

فصـــل

أَقَرَّ بِنَسَبٍ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ اشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لاَ يُكَذِّبَهُ الحِسُّ وَلاَ الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَأَنْ يُصَدِّقَهُ المُسْتَلْحَقُ إِنْ كانَ أَهْلاً لِلتَّصْدِيقِ ،

ونظائرهما ، ولو أقرّ لورثة أبيه بمال وكان هو أحدهم لم يدخل ؛ لأن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه ، وهذا عند الإطلاق كما قاله السرخسي، فإن نصّ على نفسه دخل ، ولو قال : له عليّ ألف إلا أن يبدو لي ، ففيه وجهان في العدّة والبيان . قال المصنف : لعلّ الأصح أنه إقرار اهـ وقيل لا يلزمه شيء كما نقله الهروي عن النص كما إذا قال : له عليّ ألف إلا أن يشاء الله ، ولو قال : غصبت داره ولو بإسكان الهاء وقال : أردت دارة الشمس أو القمر لم يقبل قوله ؛ لأن غصب ذلك محال فلا تقبل إرادته وإن أقرّ البائع بالبيع في زمن الخيار له أو لهما لأحد آنفسخ البيع ، لأن له الفسخ حينئذ بخلاف ما لو أقرّ بعد انقضاء الخيار له أو لها أو كان للمشتري لعجزه عن الفسخ ، ولو أقرّ أو أوصى بثياب بدنه دخل فيه كل ما يلبسه حتىٰ الفروة لا الخف ؛ لأنه ليس من مسمى الثياب .

فصـــل

في الإقرار بالنسب وهو القرابة ، وجمعه أنساب ، وهو على قسمين : الأوّل : أن يلحق النسب بنفسه ، والثاني : بغيره ، وقد بدأ بالقسم الأوّل ، فقال : لو **(أقرّ)** البالغ العاقل الذكر ، ولو عبداً وكافراً وسفيهاً **(بنسب)** لغيره **(إن ألحقه بنفسه)** كهذا آبني أو أنا أبوه ، وإن كان الأوّل أولى لكون الإضافة فيه إلى المقرّ **(اشترط لصحته)** أي هذا الإلحاق أمور : أحدها **(أن لا يكذبه الحسّ)** بأن يكون في سنّ يمكن أن يكون منه ، فلو كان في سنّ لا يتصوّر كونه منه ، أو كان قد قطع ذكره وأنثياه من زمن يتقدم على زمن العلوق به ، لم يثبت نسبه ؛ لأن الحس يكذبه ، وهذا بالنسبة إلى النسب . أما بالنسبة إلى العتق فسيأتي ، ولو قدمت كافرة بطفل وادّعاه رجل وأمكن اجتماعهما أو احتمل أنه أنفذ إليها ماءه فاستدخلته لحقه ، وإلا فلا **(و)** ثانيها أن **(لا)** يكذبه **(الشرع)** وتكذيبه **(بأن يكون)** المستلحق بفتح الحاء **(معروف النسب من غيره)** أو ولد على فراش نكاح صحيح ؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره سواء أصدقه المستلحق أم لا **(و)** ثانيها : **(أن يصدقه المستلحق)** بفتح الحاء **(إن كان أهلاً للتصديق)** بأن يكون مكلفاً ؛ لأن له حقاً في نسبه ، وهو أعرف به من غيره .

فَإِنْ كَانَ بَالِغاً فَكَذَّبَهُ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَإِنِ آسْتَلْحَقَ صَغِيراً ثَبَتَ، فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الأَصَحِّ ،

تنبيه : أهمل المصنف من الشروط أن لا يكون منفياً بلعان الغير عن فراش نكاح صحيح ، فإن كان لم يصح استلحاقه لغير النافي . أما المنفي بوطء شبهة أو نكاح فاسد فيجوز لغيره أن يستلحقه ؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي سمعت دعواه ، وأن لا يكون ولد زنا ، وأن لا يكون المستحلق بفتح الحاء رقيقاً للغير ولا عتيقاً صغيراً أو مجنوناً ، فإن كان لم يصح استلحاقه محافظة على حق الولاء للسيد ، بل يحتاج إلى البينة فإن صدقه الكبير العاقل قبل كما رجحه ابن المقري خلافاً لما رجحه صاحب الأنوار من عدم القبول ، والرقيق باق على رقه لعدم التنافي بين النسب والرق ؛ لأن النسب لا يستلزم الحريّة والحريّة لم تثبت ، وإن كان الرقيق له وهو بيده ولم يمكن لحوقه به كأن كان أسنّ منه لغا قوله ، وإن أمكن لحوقه به لحقه الصغير والمجنون والمصدق له وعتقوا . أما ثابت النسب من غيره أو المكذب له فلا يلحقانه ويعتقان عليه مؤاخذة له باعترافه ببنوّتهما ولا يرثان منه كما لا يرث منهما . ثم إن أقرّ بأم ففي زوائد الروضة للعمراني عن ابن اللبان أن إقرار الشخص بالأم لا يصح لإمكان إقامة البينة على الولادة وأقرّه في الكفاية ، ولو أقرّ بأب فكذبه أو سكت لم يثبت الاستلحاق أو ابن **(فإن كان بالغاً فكذبه)** أو قال : لا أعلم ، وكذا لو سكت كما في الروضة والشرحين هنا ، وإن صحح في الشرح والروضة في فصل التسامع في الشهادة أن سكوت البالغ في النسب كالإقرار **(لم يثبت)** نسبه **(إلا ببينة)** كسائر الحقوق ويثبت أيضاً باليمين المردودة وإن لم تصدق بذلك عبارة المصنف ، ولو استلحق بالغاً عاقلاً وصدقه ثم رجعا لا يسقط النسب ؛ لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق كالثابت بالافتراش **(وإن استلحق صغيراً)** أو مجنوناً **(ثبت)** نسبه بالشروط السابقة ما عدا التصديق ؛ لأن إقامة البينة على النسب عسرة ، والشارع قد اعتنى به وأثبته بالإمكان فلذلك أثبتناه بالاستلحاق إذا لم يكن المقرّ به أهلاً للتصديق **(فلو بلغ)** الصغير ، أو أفاق المجنون **(وكذبه)** بعد كماله **(لم يبطل)** نسبه **(في الأصح)** فيهما ؛ لأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبينة ، وليس للمقرّ به تحليفه ؛ لأنه لو رجع لم يقبل ، والثاني : يبطل فيهما ، لأنا حكمنا به حين لم يكن أهلاً للإنكار ، وقد صار والأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدماً . فإن قيل ما ذكر في المجنون يخالفه ما لو قال لمجنون : هذا أبي حيث لا يثبت نسبه حتى يفيق ويصدق ، وقد قال الرّوياني : ما أدري ما الفرق بينهما إلا أن يقال الابن بعد الجنون يعود إلى ما كان عليه

وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيِّتاً صَغِيراً ، وكَذَا كَبِيرٌ في ٱلأَصَحِّ ، ويَـرِثُهُ ، وَلوِ ٱسْتَلْحَقَ ٱثْنَانِ بَالِغاً ثَبَتَ لِمَنْ صدَّقَهُ ، وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي في اللَّقِيطِ إنْ شَـاءَ اللّهُ تَعَالَى ، وَلَوْ قَـالَ لِوَلَـدِ أَمَتِهِ هـذَا وَلَدِي ثَبَتَ نَسَبُـهُ ، وَلاَ يَثْبُتُ الإسْتِيلاَدُ في الأَظْهَـرِ ،

في صباه بخلاف الأب . أجيب بأن أصل هذا للماوردي ، ورأيه أن المجنون البالغ لا يصح استلحاقه إلا إن أفاق وصدق ، ولا يشكل باستلحاق الميت لليأس من عوده وهذا رأي مرجوح ، فإذاً لا فرق بين هذا أبي وهذا ابني كما أفاده شيخي (**ويصح أن يستلحق ميتاً صغيراً**) ولو بعد أن قتله ولا يبالي بتهمة الميراث ولا بتهمة سقوط القود ، لأن النسب يحتاط فيه ، ولهذا لو نفاه في الحياة أو بعد الموت ثم استلحقه بعد موته لحقه وورثه (**وكذا كبير**) ميت يصح استلحاقه (**في الأصح**) ؛ لأن الميت ليس أهلًا للتصديق فصح استلحاقه كالمجنون والصغير ، والثاني : لا يصح لفوات التصديق ، وهو شرط ؛ لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يشعر بإنكاره لو وقع في حياته ، ويجري الوجهان فيمن جنّ بعد بلوغه عاقلاً ولم يمت ، لأنه سبق له حالة يعتبر فيها تصديقه ، وليس الآن من أهل التصديق (**و**) على الأوّل (**يرثه**) أي الميت المستلحق ولا نظر إلى التهمة ؛ لأن الإرث فرع النسب وقد ثبت نسبه ، ومسألة الإرث مزيدة على المحرر والروضة .

فائدة : لو نفى الذمي ولده : أي الصغير أو المجنون ، ثم أسلم لا يحكم بإسلام الولد ؛ لأنا حكمنا بأن لا نسب بينهما ، فلا يتبعه في الإسلام ، فلو مات هذا الولد وصرفنا ميراثه لأقاربه الكفار ثم استلحقه النافي حكم بالنسب ، وتبين أنه صار مسلماً بإسلامه تبعاً ، ويستردّ ميراثه من ورثته الكفار وتصرف له (**ولو استلحق اثنان**) فأكثر (**بالغاً ثبت لمن صدقه**) منهما أو منهم لاجتماع الشرائط فيه دون الآخر ، فإن صدّقهما أو لم يصدّق واحداً منهما عرض على القائف كما سيأتي إن شاء الله تعالى قبيل باب العتق (**وحكم الصغير**) إذا استلحقه آثنان فأكثر (**يأتي في**) كتاب (**اللقيط إن شاء الله تعالى**) ويأتي فيه أيضاً حكم استلحاق العبد والمرأة (**ولو قال لولد أمته**) غير المزوّجة والمستفرشة له (**هذا ولدي ثبت نسبه**) عند اجتماع شروطه ، ولا بدّ في تتمة التصوير أن يقول منها كما في التنبيه كذا قاله في الروضة ، ولعله لأجل الخلاف في قوله (**ولا يثبت الاستيلاد في الأظهر**) وإلا فلا يحتاج إليه لثبوت النسب ، وإنما لم يثبت الاستيلاد لاحتمال أنه أولدها بنكاح أو شبهة ثم ملكها . قال الرافعي : وهذا أشبه بقاعدة الإقرار وهو البناء على اليقين . والثاني : وصححه جمع

وَكَذَا لَوْ قالَ وَلَدِي وَلَدَتْهُ في مِلْكِي ، فَإِنْ قَالَ عَلِقَتْ بِهِ في مِلْكِي ثَبَتَ الإِسْتِيلَادُ فَإِنْ كانَتْ فِرَاشاً لَهُ لَحِقَهُ بِالْفِرَاش ، مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ ، وَإِنْ كانَتْ مَزَوَّجَةً فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ ، وَآسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ ، وَأَمَّا إِذَا أَلحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ كَهٰذَا أَخِي

يثبت حملاً على أنه أولدها بالملك ، والأصل عدم النكاح (وكذا) لا يثبت الاستيلاد في الأظهر (لو قال) : هذا (ولدي ولدته في ملكي) لاحتمال أن يكون قد أحبلها قبل الملك بما مرّ ثم اشتراها حاملاً فولدت في ملكه (فإن قال : علقت به في ملكي) أو هذا ولدي استولدتها به في ملكي أو هذا ولدي منها وملكي عليها مستمرّ من عشر سنين مثلاً وكان الولد آبن نحو سنة (ثبت الاستيلاد) لانتفاء الاحتمال كما قاله الرافعي وتبعه المصنف . فإن قيل يحتمل أنها كانت مرهونة ثم أولدها وهو معسر فبيعت في الدين ثم آشتراها ، وقلنا بأنها لا تصير مستولدة على رأي . أجيب بأن هذا احتمال بعيد لا يعوّل عليه ، ولكن لو كان مكاتباً قبل إقراره فلا يثبت الاستيلاد حتى ينفي احتمال أنه أحبلها زمن كتابته ؛ لأن إحبال المكاتب لا يثبت أمية الولد كما سيأتي إن شاء الله تعالى آخر الكتاب ، ولو قال : يد فلان ابني أو أخي أو يد هذه الأمة مستولدتي ليس إقراراً بالنسب ولا بالاستيلاد ، إذا جعلنا نظيره في الطلاق أنه يقع على الجزء ثم يسري ، وهذا هو الراجح ، وإن جعلناه عبارة عن الجملة على رأي مرجوح كان إقراراً بالنسب والاستيلاد ذكره الرّافعي في كتاب الطلاق عن التتمة (فإن كانت فراشاً له لحقه) الولد عند الإمكان (بالفراش) بأن أقرّ بوطئها (من غير استلحاق) لقوله ﷺ «ٱلْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَر»[1] وتصير أمّ ولد (وإن كانت مزوّجة فالولد للزوج) عند إمكان كونه منه ؛ لأن الفراش له (واستلحاق السيد) له (باطل) للحوقه بالزوج شرعاً .

فرع : لو أقرّ بأنه لا وارث له إلا أولاده هؤلاء وزوجته هذه قال ابن الصلاح : يثبت حصر ورثته فيهم بإقراره كما يعتمد إقراره في أصل الإرث يعتمد في حصره فإنه من قبيل الوصف له ، وفي فتاوى القاضي ما يدلّ له . ثم شرع في القسم الثاني ، فقال (وأما إذا ألحق النسب بغيره) ممن يتعدّى النسب منه إلى نفسه (كهذا أخي) وعبارة الرّوضة ، وأصلها : هذا أخي ابن أبي وأمي ، وفيه إشارة إلى الإلحاق بالأمّ ، وسيأتي الكلام على

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٣٧١ (٢٧٤٥) ومسلم ٢/١٠٨٠ (٣٦/١٤٥٧) .

أَوْ عَمِّي فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ المُلْحَقِ بِهِ بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ المُلْحقِ بِهِ مَيِّتاً ،

ذلك (أو) هذا (عمي فيثبت نسبه من الملحق به) إذا كان رجلاً ، لأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوق والنسب من جملتها ، وإنما مثل المصنف بمثالين ليعرّفك أنه لا فرق بين أن يتعدّى النسب منه إلى نفسه بواسطة واحدة كالأب في قوله : هذا أخي أو ثنتان كالجدّ في قوله هذا عمي ، وقد يكون بثلاثة كابن العمّ .

تنبيه : إنما قيدت الملحق به بكونه رجلاً ؛ لأن استلحاق المرأة لا يقبل على الأصح كما ذكره المصنف في كتاب اللقيط كما مرّت الإشارة إليه ، فبالأولى استلحاق وارثها وإن كان رجلاً ؛ لأنه خليفتها . قال الإسنوي : وهو واضح وكذا جزم به ابن اللبان ، ونقل عنه العمراني في زوائده : أن الإقرار بالأمّ لا يصح كما مرّ لإمكان إقامة البينة على الولادة كما في استلحاق المرأة اهـ ، لكن قول الأصحاب لا بدّ من موافقة جميع الورثة ولو بزوجية وولاء كما سيأتي يشمل الزوجة والزوج ، ويدلّ لذلك عبارة الرّوضة ، وهي : ويشترط موافقة الزوج والزوجة على الصحيح اهـ . وصورته في الزوج أن تموت امرأة وتخلف ابناً وزوجاً ، فيقول الابن لشخص : هذا أخي فلا بدّ من موافقة الزوج فهذا استلحاق بامرأة ، وهذا كما قال الزركشي في خادمه يرد على ابن اللبان والعمراني في قولهما ، أن الاستلحاق بالمرأة لا يصح ، وفرّق شيخي بين استلحاق الوارث بها وبين عدم صحة استلحاقها بأن إقامة البينة تسهل عليها ، بخلاف الوارث خصوصاً إذا تراخى النسب ، وإنما يثبت ذلك (بالشروط السابقة) فيما إذا ألحقه بنفسه (ويشترط كون الملحق به ميتاً) فلا يلحق بالحيّ ولو مجنوناً لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره ، فلو صدّق الحيّ ثبت نسبه بتصديقه ، والاعتماد في الحقيقة على التصديق لا على المقرّ وأما تصديق ما بينهما من الوسائط ففي المهذب أنه لا بدّ منه وهو مقتضى كلام الحاوي وخالف في البيان ، وقال : إن كان بينهما اثنان بأن أقرّ بعمّ ، فقال بعض أصحابنا : يشترط تصديق الأب والجدّ ، والذي يقتضيه المذهب أنه يكفي تصديق الجدّ ، فإنه الأصل الذي ثبت النسب به ، ولو اعترف به وكذبه ابنه لم يؤثر تكذيبه ، فلا معنى لاشتراط تصديقه . قال الإسنوي : وما قاله صحيح لا شك فيه اهـ وهذا ظاهر . فإن قيل ما صورة هذه المسألة لأن الذي بين المقرّ والمقرّ به إن كان وارثاً فالمقرّ غير وارث فلا يعتبر إقراره ، وإن كان غير وارث فلا يعتبر تصديقه . أجيب بأنه غير وارث ، وقد يعتبر تصديقه ؛ لأن في إثبات النسب بدونه إلحاقاً به ، وهو أصل المقرّ ، ويبعد إثبات نسب الأصل بقول الفرع ، بخلاف ما إذا ألحق النسب بنفسه فإن فيه

ولاَ يُشْتَرَطُ أَنْ لاَ يَكُونَ نَفَاهُ في الأَصَحِّ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ المُقِرِّ وَارِثاً حَائِزاً ، وَالأَصَحُّ أَنَّ المُسْتَلْحَقَ لاَ يَرِثُ

إلحاقاً بأصوله وفروعه لكنه بطريق الفرعية عن إلحاقه بنفسه ، ولا يبعد تبعية الأصل للفرع **(ولا يشترط)** في إلحاق النسب بغيره **(أن لا يكون نفاه)** الميت **(في الأصح)** فيجوز إلحاقه به كما لو استلحقه النافي . والثاني : يشترط ما ذكر لما في إلحاقه من العار على الميت ، والوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ المورث ، وصححه ابن الصلاح . وقال الأذرعي : القلب إليه أميل **(ويشترط كون المقرّ)** في إلحاق النسب بغيره **(وارثاً)** بخلاف غيره كرقيق وقاتل وأجنبيّ **(حائزاً)** لتركة الملحق به واحداً كان أو أكثر ، فلو مات وخلف ابناً واحداً فأقرّ بأخ آخر ثبت نسبه وورث أو مات عن ابنين وبنات فلا بدّ من اتفاقهم جميعاً ، وكذا يعتبر موافقة الزوج والزوجة كما مرّ والمعتق ، لأنهم من الورثة .

تنبيه : كلام المصنف يقتضي عدم صحة استلحاق الإمام فيمن إرثه لبيت المال ، لأنه ليس بوارث ؛ لأن إرثه إنما هو من جهة الإسلام ، والذي في الشرح الكبير عن العراقيين . وقال في الشرح الصغير : إنه الأقرب ، وصححه في الروضة أن حكمه في ذلك حكم الوارث ، فللإمام أن يلحق النسب به ، ولا بدّ أن يوافق فيه غير الحائز ، ودخل في كلامه الحائز بواسطة كأن أقرّ بعمّ وهو حائز تركة أبيه الحائز تركة جدّه الملحق به ، فإن كان قد مات أبوه قبل جدّه فلا واسطة صرّح به في أصل الروضة . قال ابن الرفعة . وهو يفهم أنه يعتبر كون المقرّ حائزاً لميراث الملحق به لو قدّر موته حين الإلحاق ، وكلامهم يأباه ؛ لأنهم قالوا : لو مات مسلم وترك ولدين مسلماً وكافراً ثم مات المسلم وترك ابناً مسلماً وأسلم عمه الكافر ، فحق الإلحاق بالجدّ لابن ابنه المسلم ، لا لابنه الذي أسلم بعد موته ، ولو كان كما قيل لكان الأمر بالعكس اهـ . ويصحّ إلحاق المسلم الكافر بالمسلم وإلحاق الكافر المسلم بالكافر **(والأصح أن المستلحق لا يرث)** كذا في نسخة المصنف كما حكاه السبكي . قال الشيخ برهان الدين : وهو يقتضي أنه مع كون المقرّ حائزاً أن المستلحق لا يرث ، وهذا لا يعرف بل هو خلاف النقل والعقل ، والظاهر أنه سقط هنا شيء إما من أصل المصنف وإما من ناسخ ، وصوابه أن يقول : وإن لم يكن حائزاً فالأصح الخ كما يؤخذ من بعض النسخ اهـ ويوجد في بعضها ، فلو أقرّ أحد الابنين دون الآخر فالأصح الخ ، وهو كلام صحيح ، ولعله هو المراد من النسخة الأولى . وحاصله : أنه إذا أقرّ أحد الحائزين بثالث وأنكره الآخر أو سكت أن المستلحق لا يرث ، ويدلّ لذلك كما قال الوليّ العراقي في

وَلاَ يُشَارِكُ الْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ ،وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنْ الْوَرَثَةِ لاَ يَنْفَرِدُ بِالإِقْرَارِ ،وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ وَأَنْكَرَ الآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلاَّ الْمُقِرُّ ثَبَتَ النَّسَبُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقِرِّ لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ ، وَيَثْبُتُ

قوله (**ولا يشارك المقرّ في حصته**) ظاهراً لعدم ثبوت نسبه فهو قرينة ظاهرة على أن صورة المسألة إقرار بعض الورثة ، إذ لو كان المقرّ حائزاً لم يكن له حصة بل جميع الإرث له . والثاني : يرث بأن يشارك المقر في حصته دون المنكر . أما في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقاً أن يدفع إليه شيئاً ؟ فيه وجهان : أصحهما في أصل الروضة . نعم وهل يشارك بنصف ما في يده أو بثلثه ؟ وجهان : أصحهما الثاني ، وإذا قلنا : لا يرث لعدم ثبوت نسبه حرم على المقرّ بنت المقر به وإن لم يثبت نسبها مؤاخذة له بإقراره كما ذكره الرافعي ، ويقاس بالبنت مَن في معناها وفي عتق حصة المقر إذا كان المقر به عبداً من التركة كأن قال أحدهما لعبد فيها أنه ابن أبينا وجهان أوجههما أنه يعتق لتشوّف الشارع إلى العتق (و) الأصح (**أن البالغ**) العاقل (**من الورثة لا ينفرد بالإقرار**) ؛ لأنه غير حائز للميراث . والثاني : ينفرد به ويحكم بثبوت النسب في الحال احتياطاً للنسب ، وعلى الأوّل ينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون ، فإذا بلغ الأوّل وأفاق الثاني ووافق البالغ العاقل ثبت النسب حينئذ ، ولا بدّ من موافقة الغائب أيضاً ، وتعتبر موافقة وارث مَن مات قبل الكمال أو الحضور ، فإن لم يرث من ذكر غير المقر ثبت النسب كما يؤخذ من قوله (و) الأصح ، (**أنه لو أقر أحد الوارثين**) الحائزين بثالث (**وأنكر الآخر ومات ولم يرثه إلا المقر ثبت النسب**) وإن لم يجدّد إقراراً بعد الموت ؛ لأن جميع الميراث صار له . فإن قيل : قد ثبت النسب في هذه الصورة المذكورة مع أن الإقرار لم يصدر من الوارث الحائز فإنه ما صار حائزاً إلا بعد الإقرار . أجيب بأن الحيازة تعتبر حالاً أو مآلاً . والثاني : لا يثبت ؛ لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل وهو المورث ، وخرج بقوله : وأنكر الآخر ما لو سكت فإنه يثبت جزماً ؛ لأنه لم يسبق تكذيب أصله ، فإن حلف المنكر أو الساكت ورثة غير المقرّ اعتبر موافقتهم (و) الأصح (**أنه لو أقرّ ابن حائز**) مشهور النسب لا ولاء عليه (**بأخوّة مجهول ، فأنكر المجهول نسب المقرّ**) بأن قال : أنا ابن الميت ، ولست أنت ابنه (**لم يؤثر فيه**) إنكاره لشهرته ؛ ولأنه لو أثر فيه لبطل نسب المجهول ، فإنه الثابت بقول المقرّ ، فإنه لم يثبت بقول المقرّ إلا لكونه حائزاً ، وإذا لم يؤثر فيه ثبت نسب المجهول كما قال (**ويثبت**

أَيْضــاً نَسَبُ المَجْهُولِ ، وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثَ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ المُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَـرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ثَبَتَ النَّسَبُ وَلاَ إِرْثَ .

أيضاً نسب المجهول) ؛ لأن الـوارث الحائـز قد استلحقـه . والثاني : يؤثـر الإنكار فيحتـاج المقـرّ إلى البينـة على نسبـه . والثـالث : لا يثبت نسب المجهـول لـزعمــه أن المقـرّ ليس بوارث ، وعلى الأوّل لو أقرّ الحائز والمجهول بنسب ثالث ، فأنكر الثالث نسب الثـاني سقط نسبـه ؛ لأنه ثبت نسب الثـالث ، فاعتبـر مـوافقتـه في ثبـوت نسب الثـاني ، وهـذا من بـاب قولهم : أدخلني أخرجك ، ولو أقرّ بأخوين مجهولين معاً فكذب كـل منهما الآخـر أو صدّقـه ثبت نسبهما لوجود الإقرار من الحائز ، وإن صدّق أحدهمـا الآخر فكـذبه الآخـر سقط نسب المكـذب ، بفتح الـذال دون نسب المصدّق إن لم يكـونـا تـوأمين ، وإلا فـلا أثـر لتكـذيب الآخر ؛ ولأن المقرّ بأحد التوأمين مقرّ بالآخر ، ولـو كان المنكـر اثنين والمقر واحـداً فللمقر تحليفهما ، فإن نكل أحدهمـا لم تردّ اليمين على المقـر ؛ لأنه لا يثبت بهـا نسباً ولا يستحق بها إرثاً ، ولو أقر الورثة بزوجية امرأة للمورث ثبت لها الميراث كما لو أقروا بنسب شخص ، وكـذا لو أقـروا بزوج للمـرأة وإن أقر البعض وأنكـر البعض لم يثبت لها ميـراث في الـظاهـر كنظيره من النسب . أما في الباطن فكما تقدّم في النسب ، وخرج بمن لا ولاء عليه من عليه ولاء ، فإنه إذا أقر بأخ أو أب ، فإنه لا يقبل لما فيه من الإضرار بالسيد ، بخـلاف ما لـو أقرّ بنسب ابن فإنه يقبل ؛ لأن به حاجة إلى استلحاق الابن ؛ لأنه لا يتصوّر ثبوت نسبه من جهة غيره إلا ببينة ، بخلاف الأب والأخ فإنه يتصوّر ثبوته من جهة أبيهما ، ولأنـه قادر على إنشـاء الاستيلاد فصح إقراره به (و) الأصح **(أنه إذا كـان الوارث الـظاهر يحجبـه المستلحق)** بفتح الحاء **(كأخ أقرّ بابن للميت ثبت النسب)** للابن ، لأن الوارث الحائز في الظاهر قـد استلحقه **(ولا إرث)** لـه للدّور الحكمي ، وهـو أن يلزم من إثبـات الشيء نفيـه ، وهنـا يلزم من إرث الابن عدم إرثه ، لأنه لو ورث لحجب الأخ فيخرج عن كونه وارثاً فلم يصح إقراره ، ولو أقرّ به الأخ والزوجة لم يرث معهما لذلك ، وكما لو اشترى شخص أبـاه في مرض مـوته ، فـإنه يعتق عليـه ولا يرث ، ولـو خلف بنتاً أعتقتـه ، فأقـرّت بأخ لهـا فهل يـرث أو لا ؟ وجهـان : أوجههما نعم ؛ لأنه لا يحجبها بل يمنعها عصوبـة الولاء ، ولـو مات عن بنت وأخت فـأقرتـا بابن له سلم للأخت نصيبها ، لأنـه لو ورث لحجبهـا ، ولو ادّعى مجهـول على أخي الميت أنه ابن الميت فأنكر الأخ ونكل عن اليمين ، فحلف المدّعي اليمين المردودة ثبت نسبـه ولم يرث لما مر في إقرار الأخ .

. . . .

خاتمة : لو أقرّ ابنان من ثلاثة بنين بأخ لهم وشهدا له عند إنكار الثالث قبلت شهادتهما ، لأنها لا تجرّ لهما نفعاً بل ضرراً ، ولو أقر بأخ وقال منفصلاً أردت من الرضاع لم يقبل ؛ لأنه خلاف الظاهر ، ولهذا لو فسر بأخوّة الإسلام لم يقبل . فإن قيل قد قال العبادي : لو شهد أنه أخوه لا يكتفى به ، لأنه يصدق بأخوة الإسلام ، فكان ينبغي أن يكون هنا كذلك . أجيب بأن المقرّ يحتاط لنفسه بما يتعلق به فلا يقر إلا عن تحقيق ، فإن ذكره متصلاً قبل .

كِتَابُ ٱلْعَارِيَّةِ

بتشديد الياء بخطه ، وقد تخفف ، وفيها لغة ثالثة عارة بوزن ناقة ، وهي اسم لما يعار ، ولعقدها ، من عار إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيار لكثرة ذهابه ومجيئه ، وقيل : من التعاور ، وهو التناوب . وقال الجوهري : كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب ، واعترض عليه بأنه ﷺ فعلها كما سيأتي ، ولو كانت عيباً ما فعلها ، وبأن ألف العارية منقلبة عن واو ، فإنّ أصلها عورية . وأما ألف العار فمنقلبة عن ياء بدليل عيرته بكذا ، وحقيقتها شرعاً إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه[1] . والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة : ٢] ، وفسر جمهور المفسرين قوله تعالى ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون : ٧] بما يستعيره الجيران بعضهم من

---

(١) العارية لغة : مشددة الياء على المشهور ، وحكى الخطابي وغيره تخفيفها ، وجمعها : عواري بالتشديد والتخفيف ، قال ابن فارس : ويقال لها : العارة أيضاً . قال الشاعر :

فأَخْلِفْ وأتلِف إنَّما المالُ عارةٌ وكُلْه معَ الدَّهر الذي هُوَ آكِلُه

قال الأزهري : هي مأخوذة من عار الشيء يعير : إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيّار ، وهي منسوبة إلى العارة ، بمعنى : الإعارة ، وقال الجوهري : هي منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب ، وقيل : هي مشتقة من التعاور ، من قولهم : اعتوروا الشيء ، وتعاوروه ، وتعوَّروه : إذا تداولوه بينهم .

انظر : الصحاح ٢/٧٦١ والمغرب ٢/٨٩، لسان العرب ٤/٦٢٢ .

اصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : تمليك المنافع بغير عوض ، أو هي إباحة الانتفاع بملك الغير .

عرّفها المالكية بأنها : تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض .

عرّفها الحنابلة بأنها : العين المعارة من مالكها أو مالك منفعتها أو مأذونها في الانتفاع بها مطلقاً أو زمناً معلوماً بلا عوض .

انظر : تبيين الحقائق ٥/٨٣ ، المحلي على المنهاج ٣/١٧ ، مواهب الجليل ٥/٢٦٨ ، بلغة السالك ٢/٧٦٦ ، كشاف القناع ٤/٦٢ .

شَـرْطُ المُعِيـرِ صِحَّـةُ تَبَـرُّعِـهِ وَمِلْكُـهُ المَنْفَعَـةَ

بعض كالدلو والفأس والإبرة . وقال عليّ وابن عمر رضي الله تعالى عنهما : الماعون الزكاة والطاعة . وقال عكرمة : أعلاها الزكاة وأدناها عارية المتاع . وقال البخاري : هو المعروف كله ، وهي مندوب إليها ، ففي الصحيحين «أَنَّهُ ﷺ آسْتَعَارَ فَرَساً مِنْ أَبِي طَلْحَةَ فَرَكِبَهُ»(١) وفي رواية لأبي داود وغيره بإسناد جيد «أَنَّهُ ﷺ آسْتَعَارَ دِرْعاً مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ يَوْمَ حُنَيْنٍ فَقَالَ أَغَصْبٌ يَا مُحَمَّدُ ؟ فَقَالَ : بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»(٢) قال الروياني وغيره : وكانت واجبة أوّل الإسلام للآية السابقة ، ثم نسخ وجوبها وصارت مستحبة : أي أصالة ، وقد تجب كإعارة الثوب لدفع حرّ أو برد ، وإعارة الحبل لإنقاذ غريق ، والسكين لذبح حيوان محترم يخشى موته ، وأفتى أبو عبدالله الزبيدي بوجوب إعارة كتب الحديث إذا كتب صاحبها اسم مَن سمعه ليكتب نسخة السماع . قال الزركشي : والقياس أن العارية لا تجب عيناً ، بل هي أو النقل إذا كان الناقل ثقة ، وقد تحرم كإعارة الصيد من المحرم والأمة من أجنبي ، وإعارة الغلمان لمن عرف باللواط ، وقد تكره كإعارة العبد المسلم من كافر . وأركانها أربعة : معير ومستعير ومعار وصيغة ، وقد بدأ المصنف بأوّلها رحمه الله تعالى مبيناً لشرطه فقال: و(**شرط المعير صحة تبرعه**) وأن يكون مختاراً ؛ لأن العارية تبرع بإباحة المنفعة فلا تصح ممن لا يصح تبرعه كصبي وسفيه ومفلس ومكاتب بغير إذن سيده ، ولا من مكره . فإن قيل : يرد على المصنف جواز إعارة السفيه بدن نفسه إذا كان عمله ليس مقصوداً في كسبه لاستغنائه بماله عنه ، أجيب بأن ذلك لا يسمى عارية ؛ لأن بدنه في يده ، وكان الأولى أن يقول : تبرع ناجز ؛ لأن السفيه أهل للتبرع بالوصية ولا تصح عاريته .

تنبيه : قضية كلامهم : أن المفلس لا يعير العين . قال الإسنوي : والمتجه جوازه إذا لم يكن في الإعارة تعطيل للنداء عليها كإعارة الدار يوماً ، وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم تكن المنفعة تقابل بأجرة وإلا فيمتنع (و) شرط للمعير أيضاً (**ملكه المنفعة**) ولو بوصية أو وقف ، وإن لم يملك العين ؛ لأن الإعارة ترد على المنفعة دون العين ، وقيد

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٢٤٠ (٢٦٢٧ ، ٢٩٦٨) ومسلم ١٨٠٣/٤ (٢٣٠٧/٤٩) .

(٢) أخرجه أبو داود ٢٩٦/٣ في البيوع «٣٥٦٢» .
أخرجه أحمد في المسند ٤٠١/٣ ، ٤٦٥/٦ .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨٩/٦ في العارية .
وصححه الحاكم ٤٧/٢ في البيوع .

فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ لَا مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ ،

ابن الرفعة جواز الإعارة من الموقوف عليه إذا كان ناظراً وهو واضح (**فيعير مستأجر**) ؛ لأنه مالك للمنفعة (**لا مستعير على الصحيح**) ؛ لأنه غير مالك للمنفعة ، وإنما أبيح له الانتفاع ، ولهذا لا يؤجر ، والمستبيح لا يملك نقل ما أبيح له بدليل أن الضيف لا يبيح لغيره ما قدّم له . والثاني : يعير كما أن للمستأجر أن يؤجر ، فإن أذن له المالك صحت الإعارة . قال الماوردي : ثم إن لم يسم مَن يعير له ، فالأوّل على عاريته وهو المعير من الثاني والضمان باق عليه وله الرجوع فيها ، وإن ردّها الثاني عليه برىء وإن سمّاه آنعكس هذا الحكم (**و**) لكن (**له**) أي المستعير (**أن يستنيب مَن يستوفي المنفعة له**) كأن يركب الدابة المستعارة وكيله الذي هو مثله أو دونه في حاجته أو زوجته أو خادمه ؛ لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة . فإن قيل : يرد على قيد ملك المنفعة صحة إعارة الكلب للصيد مع أنه لا يملك وصحة إعارة الأضحية والهدي المنذورين مع خروجهما عن ملكه ، وصحة إعارة الإمام مال بيت المال من أرض وغيرها مع أنه ليس ملكاً له . أجيب بأن هذه الأمور ليست عارية حقيقة بل شبيهة بها ، وبأنهم أرادوا هنا بملك المنفعة ما يعمّ الاختصاص بها والتصرف فيها إلا بطريق الإباحة . قال شيخنا : وعلى هذا لا يرد ما عليه العمل من إعارة الصوفي والفقيه مسكنهما بالرباط والمدرسة وما في معناهما اهـ : أي على القول بجواز ذلك ، والمعتمد أنه لا يجوز كما قاله الأذرعي وغيره .

تنبيه : قضية كلام المصنف أنه ليس للأب أن يعير ولده الصغير . وهو ما أطلقه صاحب العدّة وهو محمول كما في زيادة الروضة على خدمة تقابل بأجرة . وأما ما لا يقابل بأجرة لحقارته ، فالظاهر الذي يقتضيه أفعال السلف ، أنه لا منع منه إذا لم يضرّ بالصبي . وقال الروياني : يجوز أن يعير ولده لخدمة مَن يتعلم منه ، ويؤيده قصة أنس في الصحيح ولو استعار كتاباً يقرأ فيه فوجد فيه خطأ لا يصلحه إلا أن يكون قرآناً فيجب كما قاله العبادي وتقييده بالإصلاح يعلم أن ذلك لو كان يؤدّي إلى نقص قيمته لرداءة خط ونحوه امتنع ؛ لأنه إفساد لماليته لا إصلاح ، أما الكتاب الموقوف فيصلح جزماً خصوصاً ما كان خطأً محضاً لا يحتمل التأويل ، وسكت المصنف عن شرط المستعير ، وهو الركن الثاني وشرطه أن يكون أهلاً للتبرع عليه بعقد ، فلا تصح لمن لا عبارة له كصبي ومجنون وبهيمة كما لا تصح الهبة منهم . قال في المهمات : وقضية ذلك صحة استعارة السفيه إذ الصحيح صحة قبوله الهبة والوصية لكن كيف تصح استعارته ، مع أنها مضمونة لا جرم جزم الماوردي وغيره بعدم

وَالمُسْتَعَارِ كَوْنُهُ مُنْتَفَعاً بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَتَجُوزُ إعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ ،

صحتها اهـ ، وقضيته صحتها منه ، ومن المجنون والصبي بعقد وليهما إذا لم تكن مضمونة كأن استعار من مستأجر وهو واضح . ثم شرع في شرط الركن الثالث ، فقال (و) شرط (المستعار كونه منتفعاً به) ، فلا يعار ما لا ينفع كالحمار الزمن . وأما ما توقع نفعه في المستقبل كالجحش الصغير ، فالذي يظهر فيه أن العارية إن كانت مطلقة أو مؤقتة بزمن يمكن الانتفاع به فيه صحت وإلا فلا ، ولم أرَ مَن تعرّض لذلك . فإن قيل يشترط في الإجارة أن يكون النفع موجوداً عند العقد . أجيب بأن تلك مقابلة بعوض ، وليس هذه كذلك ، وكان ينبغي أن يقول انتفاعاً مباحاً ليخرج ما ينتفع به انتفاعاً محرّماً كآلات الملاهي ، فإنه لا تصح إعارته وأن تكون منفعة قوية فلا يعار النقدان إذ منفعة التزيين بهما والضرب على طبعهما منفعة ضعيفة قلّ ما تقصد ومعظم منفعتهما في الإنفاق والإخراج ، نعم إن صرّح بالتزيين أو الضرب على طبعهما ، أو نوى ذلك كما بحثه شيخنا صحت لاتخاذه هذه المنفعة مقصداً وإن ضعفت . وينبغي هذا الاستثناء في المطعوم بالآتي كما قاله بعض المتأخرين (مع بقاء عينه) كالعبد والثوب ، فلا يعار المطعوم ونحوه ، فإن الانتفاع به إنما هو بالاستهلاك فانتفى المقصود من الإعارة . قال الإسنوي ، ويدخل في الضابط ما لو استعار قيم المسجد أحجاراً أو أخشاباً يبني بها المسجد مع أنه لا يجوز كما أفتى به البغوي ؛ لأن حكم العواري جواز استردادها ، والشيء إذا صار مسجداً لا يجوز استرداده (وتجوز إعارة جارية لخدمة امرأة أو) ذكر (محرم) للجارية لعدم المحذور في ذلك ، وفي معنى المرأة والمحرم الممسوح وزوج الجارية ومالكها ، كأن يستعيرها من مستأجرها أو الموصى له بمنفعتها والشيخ الهرم ، وكذا الطفل قياساً على ما سيأتي في غير المشتهاة ، وكذا المريض إذا لم يجد مَن يخدمه غير المرأة فيجوز إعارة الجارية لخدمته ، وخرج بذلك الذكر الأجنبي ، فلا تجوز إعارتها له لخوف الفتنة ، إلا أن تكون صغيرة لا تشتهى أو قبيحة يؤمن من الأجنبي عليها فلا يحرم كما في الروضة لانتفاء خوف الفتنة وإن رجح بعض المتأخرين المنع فيهما . وقال الإسنوي : الصواب الجواز في الصغيرة دون الكبيرة . قال الزركشي : ويلحق بالمشتهاة الأمرد الجميل لا سيما مَن عرف بالفجور . قال الأذرعي : وفي جواز إعارة الأمة المسلمة للكافرة الأجنبية منها لخدمتها التي لا تنفك عن رؤيتها معها نظر . وقال الزركشي : لا وجه لاستثناء الذمية ، فإنه إنما يحرم نظر الزائد على ما يبدو في المهنة وفيما وراء ذلك يمكن معه الخدمة اهـ وهذا أوجه . قال الإسنوي : وسكتوا عن إعارة

وَيُكْرَهُ إِعَـارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَـافِرٍ ،

العبد للمرأة وهو كعكسه بلا شك ولو كان المستعير أو المعار خُنْثَى آمتنع احتياطاً والمفهوم من الامتناع فيه ، وفي الأمة الفساد كالإجارة للمنفعة المحرّمة ، وهو ما بحثه في أصل الروضة وهو المعتمد ، وإن جزم ابن الرفعة بالصحة ، فإن قيل : قد صرحوا بجواز إجارة الأمة المشتهاة والوصية بمنافعها للأجنبي فهلا كان هنا كذلك ؟. أجيب بأن المستأجر والموصى له يملكان المنفعة فيعيران ويؤجران لمن يخلو بها إن امتنع عليهما الانتفاع بأنفسهما والإعارة إباحة له فقط فإذا لم يستبح بنفسه لم يكن له فائدة (ويكره) كراهة تنزيه كما جزم به الرافعي (إعارة) وإجارة (عبد مسلم لكافر) ؛ لأن فيها امتهاناً ، وقيل تحرم ، واختاره السبكي : ويكره أن يستعير أو يستأجر أحد أبويه وإن علا للخدمة صيانة لهما عن الإذلال . نعم إن قصد باستعارته واستئجاره لذلك توقيره فلا كراهة فيهما بل هما مستحبان كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره في صورة الاستعارة ، وأما إعارة وإجارة الوالد نفسه لولده فليستا مكروهتين وإن كان فيهما إعانة على مكروه . قال القرافي : لأن نفس الخدمة غير مكروهة ، وإنما كانت الكراهة في جانب الولد لمكان الولادة فلم تتعدّ لغيره بخلاف إعارة الصيد من المحرم ، فإن العبادة يجب احترامها لحقّ الله تعالى ، وهو شامل لكلّ مكلف ، ولو قال : أعرني دابة فقال : ادخل الدار فخذ ما أردت صحت الإعارة ، فإنه لا يشترط تعيين المستعار عند الإعارة ، وخالفت الإجارة بأنها معاوضة ، والغرر لا يحتمل فيها .

فرع : يحرم إعارة السلاح والخيل للحربي والمصحف وما في معناه للكافر وإعارة الصيد للمحرم . فإن استعاره فتلف في يده ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة لمالكه ، ولو استعار حلال من محرم فتلف في يده لم يضمنه له ؛ لأنه غير مالك ، وعلى المحرم الجزاء لله تعالى ؛ لأنه متعدّ بالإعارة إذ يلزمه إرساله ، ويجوز إعارة فحل للضراب وكلب للصيد ؛ لأنها تبرع بخلاف الإجارة فإنها معاوضة ، ولو أعاره شاة أو دفعها له وملكه درّها ونسلها لم يصح ، ولو لم يضمن آخذها الدرّ والنسل ؛ لأنه أخذها بهبة فاسدة ، ويضمن الشاة بحكم العارية الفاسدة ، فلو أباحهما له أو استعار منه الشاة لأخذ ذلك أو الشجرة ليأخذ ثمرها أو البئر ليأخذ ماءها أو الجارية ليأخذ لبنها جاز وكان إباحة للدر والنسل والثمرة والماء واللبن ، وعلى هذا قد تكون العارية لاستفادة عين ، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرّد المنفعة بخلاف الإجارة ، فالشرط في العارية أن لا يكون فيها استهلاك للمعار ، لا أن لا يكون فيها استيفاء عين . قال الأشموني : التحقيق أن الدرّ والنسل ليس مستفاداً بالعارية بل

وَالأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظٍ كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي ، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ ٱلآخَرِ ،

بالإباحة ، والمستعار هو الشاة لمنفعة ، وهي التوصل لما أبيح له ، وكذا الباقي اهـ . وهو كلام متين لم أره لغيره ، فإن ملكه درّ الشاة ونسلها أو أباحها له وشرط عليه علفها ، فهو بيع وإجارة فاسدان فيضمن الدرّ والنسل بحكم البيع الفاسد دون الشاة ؛ لأنه أخذها بإجارة فاسدة كمن أعطى سقاء شيئاً ليشرب فأعطاه كوزاً فانكسر في يده ، فإنه يضمن الماء ، لأنه أخذه بشراء فاسد دون الكوز ؛ لأنه أخذه بإجارة فاسدة ، فإن كان الماء أكثر مما يشربه لم يضمن الزائد ؛ لأنه في يده أمانة ، فإن سقاه مجاناً فانكسر الكوز ضمنه ، لأنه أخذه بإعارة فاسدة دون الماء ؛ لأنه أخذه بهبة فاسدة . ثم شرع في شرط الركن الرابع ، فقال **(والأصح)** في ناطق **(اشتراط لفظ)** في الصيغة ؛ لأن الانتفاع بمال الغير يعتمد إذنه **(كأعرتك)** ، هذا أو أعرتك منفعته وإن لم يضفه إلى العين كما في نظيره من الإجارة **(أو أعرني)** أو خذه لتنتفع به ؛ لأن ذلك يدلّ على الرضا القلبي فأنيط الحكم به **(ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر)** كما في إباحة الطعام ، ولا يشترط اللفظ من جانب المعير بخلافه في الوديعة فإنها مقبوضة لغرض المالك ، وغرضه لا يعلم إلا بلفظ من جانبه والعارية بالعكس فاكتفى فيها بلفظ المستعير ، ولا يكفي الفعل من الطرفين إلا فيما سيأتي استثناؤه .

فرع : لو أضاف شخصاً وفرش له لينام فيه ، وقال : قم ونم فيه فقام أو فرش بساطاً في بيت وقال لآخر : اسكن فيه تمت العارية ، والثاني : لا يشترط اللفظ حتى لو رآه حافياً ، فأعطاه نعلاً أو عارياً فألبسه قميصاً أو فرش له مصلى أو وسادة أو نحو ذلك كان ذلك عارية ، وهو ما جرى عليه المتولي بناء منه على أنه لا يشترط فيها اللفظ قال : بخلاف ما لو دخل فجلس على فراش مبسوط ، لأنه لم يقصد به انتفاع شخص بعينه ، والعارية لا بدّ فيها من تعيين المستعير اهـ ، وعلى الأوّل يكون ما جرى عليه المتولي إباحة كما جرى عليه ابن المقري لقضاء العرف به ، وإن كان في كلام أصله ما يقتضي تقرير المتولي على ما قاله ، ويستثنى من اشتراط اللفظ ما إذا اشترى شيئاً وسلمه له في ظرف ، فالظرف معار في الأصحّ ، وما لو أكل المهدى إليه الهدية في ظرفها فإنه يجوز إن جرت العادة بأكلها منه كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، وهو معار فيضمنه بحكم العارية لا إن كان للهدية عوض وجرت العادة بالأكل منه فلا يضمنه بحكم الإجارة الفاسدة ، فإن لم تجر العادة بذلك ضمنه في الصورتين بحكم الغصب . قال الأذرعي : ولا خفاء في جواز إعارة الأخرس

وَلَوْ قَالَ أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفَهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ ، وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ تَلِفَتْ لاَ بِاسْتِعْمَالٍ ضَمِنَهَا ، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ ،

المفهوم الإشارة واستعارته بها وبكتابته ، والظاهر كما قاله ابن شهبة جوازها بالمكاتبة من الناطق كالبيع وأولى وبالمراسلة .

فرع : يجوز تعليق الإعارة وتأخير القبول ، ففي الروضة وأصلها ، أنه لو رهنه أرضاً وأذن له في غراسها بعد شهر فهي بعد الشهر عارية غرس أم لا ، وقبله أمانة حتى لو غرس قبله قلع **(ولو قال : أعرتكه)** أي فرسي مثلاً **(لتعلفه)** أو على أن تعلفه بعلفك **(أو لتعيرني فرسك)** أو بخمسة دراهم مثلاً **(فهو إجارة)** نظراً للمعنى **(فاسدة)** لجهالة العلف في الأولى والعوض في الثانية والمدّة في الثالثة **(توجب أجرة المثل)** إذا مضى بعد قبضه زمن لمثله أجرة ، وقيل : إنه عارية فاسدة نظراً للفظ فلا تجب الأجرة ، وأما العين فمضمونة على الثاني دون الأوّل ، وهذا عند جهل العوضين كما فرضه المصنف . أما لو قال : أعرتكها شهراً من الآن بعشرة ، أو لتعيرني فرسك سنة من الآن ففيه وجهان : أحدهما أنه إجارة صحيحة نظراً للمعنى ، والثاني : إعارة فاسدة نظراً للفظ ، وأصحهما كما في الأنوار الأوّل .

تنبيه : قضية كلام الشيخين أن نفقة المستعار ليست على المستعير بل على المالك ، وهو كذلك ؛ لأنها من حقوق الملك كما نقله المصنف في نكت التنبيه وسكت عليه ، وإلا لم يكن شرطه مفسداً ، وإن كان في تعليق القاضي حسين أنها على المستعير **(ومؤنة الردّ)** للعارية إذا كان لها مؤنة **(على المستعير)** من المالك أو المستأجر أو نحوه كالموصى له بالمنفعة لقوله ﷺ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» حسنه الترمذي ، وصححه الحاكم ، وأنه أخذها لنفسه ، بخلاف الوديعة ، هذا إن ردّ على مَن استعار منه ، فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة ورد على المالك فمؤنة الردّ عليه كما لو ردّ عليه المستأجر ، ويجب على المستعير الردّ عند طلب المالك إلا إذا حجر على المالك المعير فإنه لا يجوز الردّ إليه بل إلى وليه ، ولو استعار مصحفاً أو عبداً مسلماً من مسلم ثم ارتدّ وطلبه لم يجز الردّ إليه . ثم شرع في أحكام العارية ، وهي ثلاثة : الأوّل الضمان وقد ذكره بقوله **(فإن تلفت)** أي العين المستعارة عند المستعير **(لا باستعمال)** لها مأذون فيه **(ضمنها وإن لم يفرط)** لقوله ﷺ في الحديث المتقدّم أوّل الباب ، بل عارية مضمونة ؛ ولأنه مال يجب ردّه لمالكه فيضمن

وَٱلْأَصَحُّ أَنَّـهُ لَا يَضْمَنُ مَـا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَـالٍ ، وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ ،

عند تلفه كالمستام ، فلو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط ، كما ذكره الشيخان ولم يتعرّضا لصحتها ولا لفسادها ، ومقتضى كلام الإسنوي صحتها وإليه يومىء تعبيرهما بأن الشرط لغو .

فـرع : لو أعار عيناً بشرط ضمانها عند تلفها بقدر معين فسد الشرط دون العارية كما قاله المتولي ، وإن قال الأذرعي : فيه وقفة ، وفي كيفية ضمان العارية خلاف ذكره المصنف آخر الباب ، وسكت عن ضمان الأجزاء ، إذا أتلفت ، والأصح أنها كالعين ، وقيل لا يضمنها إلا بالتعدّي ، ولو استعار حمارة معها جحش فهلك لم يضمنه : لأنه إنما أخذه لتعذر حبسه عن أمّه ، وكذا لو استعارها فتبعها ولدها ولم يتعرّض المالك له بنفي ولا إثبات فهو أمانة . قاله القاضي ، ولو استعار عبداً عليه ثياب لم تكن مضمونة عليه ؛ لأنه لم يأخذها ليستعملها بخلاف إكاف الدابة . قاله البغوي في فتاويه ، واستثنى من ضمان العارية مسائل منها جلد الأضحية المنذورة . فإن إعارته جائزة ، ولا يضمنه المستعير إذا تلف في يده كما قاله القاضي والبلقيني لابتناء يده على يد مَن ليس بمالك ، ومنها المستعار للرهن إذا تلف في يد المرتهن ، لا ضمان عليه ولا على المستعير كما تقدّم في باب الرهن ، ومنها لو استعار صيداً من محرم فتلف في يده لم يضمنه في الأصح ، ومنها ما لو أعار الإمام شيئاً من بيت المال ، لِمَن له حقّ في بيت المال فتلف في يد المستعير فلا ضمان لكن قد تقدّم أن هذا ليس بعارية ومثله لو استعار الفقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين ؛ لأنه من جملة الموقوف عليهم ، وقد أفتى الأذرعي بأن الفقيه لا يضمن الكتاب الموقوف على المسلمين إذا استعاره وتلف في يده من غير تفريط ، ومنها ما لو أصدق زوجته منفعة أو صالح على منفعة أو جعل رأس مال السلم منفعة . فإنه إذا أعارها مستحقّ المنفعة شخصاً فتلفت تحت يده لم يضمن على الأصح **(والأصح أنه)** ، أي المستعير **(لا يضمن ما ينمحق)** أي يتلف بالكلية **(أو ينسحق)** ، أي ينقص كما في المحرر **(باستعمال)** مأذون فيه لحدوثه عن سبب مأذون فيه ، فأشبه قوله : اقتل عبدي أو اقطع يده ، والثاني : يضمن لحديث «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» فإذا تعذر الردّ ضمنه **(والثالث)** وهو من زيادة المصنف **(يضمن المنمحق)** دون المنسحق ؛ لأن مقتضى الإعارة الردّ ولم يوجد في المنمحق فيضمنه بخلاف المنسحق .

وَٱلْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيَرُوضَهَا فَلَا ضَمَانَ ،

تنبيه : تلف الدابة بركوب أو حمل معتادين كالانمحاق وتعيبها بذلك كالانسحاق ، ولو أعاره سيفاً يقاتل به فانكسر في القتال لم يضمنه كانسحاق الثوب ، قاله الصيمري ، ويستثنى الهدي والأضحية المنذوران يجوز إعارتهما . قال في أصل الروضة في الأضحية وإن نقصا بذلك ضمن اهـ فإن أراد المستعير فهو صريح في الاستثناء ، وإن أراد المعير لزم منه ضمان المستعير أيضاً ، وصرّح الزركشي أيضاً بضمان المعير . ثم قال : وليس لنا عارية جائزة مع العلم بالحال يضمن المعير فيها إلا هذه الصورة : أي إذا كان بعد دخول الوقت والتمكن من الذبح ، وإلا فلا ضمان على المعير ولا على المستعير ؛ لأن يد المعير يد أمانة كالمستأجر ، نبه على ذلك ابن العماد **(والمستعير من مستأجر)** إجارة صحيحة **(لا يضمن)** التالف **(في الأصح)** ؛ لأنه نائبه وهو لا يضمن . والثاني : يضمن كالمستقرض من المالك ، فإن كانت الإجارة فاسدة ضمنا معاً ، والقرار على المستعير كما قاله البغوي في فتاويه . فإن قيل : فاسد كل عقد كصحيحه فكان ينبغي هنا عدم الضمان . أجيب بأن الفاسدة ليست حكم الصحيحة في كل ما يقتضيه بل في سقوط الضمان بما يتناوله الإذن لا بما اقتضاه حكمها والمستعير من الموصى له بالمنفعة الموقوفة عليه حيث يجوز له الإعارة كالمستعير من المستأجر . قال البلقيني : والضابط لذلك أن تكون المنفعة مستحقة لشخص استحقاقاً لازماً وليست الرقبة له ، فإذا أعار لا يضمن المستعير منه ، وسيأتي حكم المستعير من الغاصب في بابه ، ولو استعار فقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين شرط واقفه أن لا يعار إلا برهن بحرز قيمته فسرق من حرزه لا ضمان ؛ لأنه مستحق تلفه في يده بلا تفريط وإن سمي عارية عرفاً . قال الماوردي : ولا يجوز أن يؤخذ على العارية رهن ولا ضامن ، فإن شرط فيها ذلك بطلت **(ولو تلفت دابته في يد وكيل)** له **(بعثه في شغله ، أو)** تلفت **(في يد من سلمها إليه ليروضها)** أي يعلمها المشي من غير تفريط **(فلا ضمان)** على واحد منهما ؛ لأنه لم يأخذها لغرض نفسه بل لغرض المالك ، هذا ، إذا ركبها في الرياضة ، فإن ركبها في غيرها فتلفت ضمن ، وهكذا لو دفع إليه غلامه ليعلمه حرفة فاستعمله في غيرها ، ولو أركب المالك دابته منقطعاً في الطريق تقرّباً لله تعالى فتلفت ضمنها سواء التمس الراكب أم ابتدأه المركب وإن أردفه فتلفت بغير الركوب فعليه نصف الضمان ، ولو وضع متاعه على دابة شخص ، وقال له : سيرها ففعل فتلفت بغير الوضع ضمنها كسائر العواري وإن كان عليها

وَلَـهُ الاِنْتِفَاعُ بِحَسَبِ الإِذْنِ ، فَـإِنْ أَعَارَهُ لِـزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ ، أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْـطَةٍ ،

متاع لغيره فتلفت بذلك ضمن منها بقسط متاعه ؛ لأنه مستعير منها بقسطه مما عليهـا ، حتى لو كان عليها مثل متاعه ضمن نصفها ، فإن سيرها مالكها بغير أمر الـواضع فتلفت لم يضمن الواضع ، لأنها تحت يد مالكها ، بل يضمن المالـك متاعـه إذ له طـرحه عنهـا ، ولو حمـل صاحب الدابـة متاع شخص بسؤال الشخص فهـو معير ، أو بسؤالـه هو فهـو وديع **(ولـه)** أي المستعير **(الانتفاع)** بالمعار **(بحسب الإذن)** لرضا المالك به دون غيره ، وقضية كلامه أنه لـو أعاره دابة ليركبها إلى موضع ، ولم يتعرّض للركوب في الرجوع أنه لا يركبهـا في الرجـوع ، لكن في الشرح والروضة أو أخر الإجـارة ، عن العبادي : أن لـه الركـوب في الردّ وأقـرّاه ، بخلاف الدابة المستأجرة إلى موضع ، فليس له ركـوبها في الـرجوع على الأصـح ، والفرق أن الردّ لازم للمستعير فالإذن يتناول ركوبها في العود بالعرف ، والمستأجـر لا ردّ عليه ، وإن استعار للركوب إلى موضع فجاوزه ضمن أجرة ذهـاب مجاوزتـه عنه ورجـوعه إليـه لتعدّيـه . وهل له الرجوع بها إلى مكانها الذي آستعارها منه أو لا ؟ وجهان : أحـدهما لا ؛ لأن الإذن قد انقطع بالمجاوزة فيسلمها إلى حاكم تلك البلد . وثانيهما : نعم وهـو الأوجه ، وصححـه السبكي وتبعه البلقيني ، كما لا ينعزل الوكيل عن وكالتـه بتعديـه بجامـع أن كلًّا منهمـا عقد جائز ، ولا يلزمه على هذا أجرة الرجوع ، ونظير ذلك ما لو سافر بواحدة من نسـائه بـالقرعـة وزاد مقامه في البلد الذي مضى إليه قضى الزائد لبقية نسائه ، وفي قضاء الرجوع وجهـان : أصحهما لا قضاء ، ولو أودعه ثوباً مثلاً ثم أذن له في لبسه ، فإن لبسه صار عـارية وإلا فهـو باق على كونه وديعة ، ولو استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم أو غيرها فهي أمانة عنده ، كما لو طرحت الريح ثوباً في داره فإن أتلفها ولو جاهلاً بها أو تلفت بتقصيره ضمنهـا . ثم شرع في الحكم الثـاني ، وهو تسلط المستعيـر على الانتفاع المـأذون فيه فقـال : **(فإن أعـاره)** أرضاً **(لزراعة حنطة)** مثلاً **(زرعها)** لإذنه فيها **(ومثلها)** أو دونها في الضرر ، فـإن قال : ازرع البـرّ فله زرع الشعير والباقلاء ونحوهما كالجلبان والحمص ؛ لأن ضررهـا في الأرض فوق ضـرر ما ذكر ، وليس له أن يزرع ما فوقه كالـذرة والقطن والأرز هـذا **(إن لم ينهه)** عن غيـرها فـإن نهاه عنه لم يكن له زرعه تبعاً لنهيه ، كما لو قال : اشترِ بمائة ولا تشتـرِ بخمسين ، ولو عين نوعاً ونهى عن غيره اتبع ، صرّح به في المحـرّر **(أو)** أعاره أرضـاً **(لشعير)** يـزرعه فيهـا **(لم يزرع فوقه كحنطة)** ؛ لأن ضررها أعـظم من ضرره ، فـإن خالفـه وزرع ما ليس لـه زرعه ،

وَلَوْ أَطْلَقَ الـزِّرَاعَةَ صَحَّ فِي الأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ ، وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَـاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الـزَّرْعُ وَلَا عَكْسَ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْـرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَـاءٍ وَكَـذَا الْعَكْسُ ،

كأن أذن في البرّ فزرع الذرة جاز للمعير قلعه مجاناً ، فلو مضت مدة لمثلها أجرة ، فهل يلزمه أجرة المثل ، أو ما بين زراعة البرّ وزراعة الذرة ؟ احتمالان : أوجههما كما يؤخذ من قول المتولي ، فإن فعل فكالغاصب الأوّل ، وبه جزم في الأنوار .

تنبيه : تنكير المصنف للحنطة والشعير يوهم أنه إذا أشار إلى شيء معين منهما وأعاره لزراعته جواز الانتقال عنه كما هو الصحيح في الإجارة . والمتجه كما قال الإسنوي هنا منعه . ولهذا عرفها في المحرر . وصرح في الشعير بما لا يجوز بقوله لم يزرع فوقه . وفي الحنطة بما يجوز بقوله ومثلها لدلالة كل منهما على الآخر (**ولو أطلق**) المعير (**الزراعة**) أي الإذن فيها كقوله : أعرتك للزراعة أو لتزرعها (**صح**) عقد الإعارة (**في الأصح ، ويزرع ما شاء**) لإطلاق اللفظ . والمراد كما قال الأذرعي : أن يزرع ما شاء مما اعتيد زرعه هناك ولو نادراً حملاً للإطلاق على الرضا بذلك ، والثاني : لا يصح لتفاوت ضرر المزروع . قال الشيخان : ولو قيل يصح ويقتصر على أخفها ضرراً لكان مذهباً ، وردّه البلقيني بأن المطلقات ، إنما تنزل على الأقلّ إذا كان بحيث لو صرح به لصح ، وهذا لو صرّح به لم يصح ؛ لأنه لا يوقف على حدّ أقلّ الأنواع ضرراً فيؤدّي إلى النزاع ، والعقود تصان عن ذلك .

تنبيه : مثل ما ذكره المصنف بل أولى ما أعاره ليزرع ما شاء ؛ لأنه عام لا مطلق (**وإذا استعار لبناء أو**) لغرس (**غراس فله الزرع**) إن لم ينهه لأنه أخفّ ، وقيل لا ؛ لأنه يرخي الأرض ، فإن نهاه لم يفعله (**ولا عكس**) أي إذا استعار للزرع فلا يبني ولا يغرس ؛ لأن ضررهما أكثر ويقصد بهما الدوام (**والصحيح**) وفي الرّوضة : الأصحّ (**أنه لا يغرس مستعير لبناء وكذا العكس**) ، أي لا يبني مستعير لغراس لاختلاف الضرر ، فإن ضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر من باطنها ، والغراس بالعكس لانتشار عروقه . والثاني : يجوز ما ذكر ؛ لأن كلًّا من الغراس والبناء للتأبيد .

تنبيه : موضع المنع في الغراس ما يراد للدّوام . أما ما يغرس للنقل في عامه ، ويسمى الفسيل بالفاء ، وهو صغار النخل فكالزرع كما نقله الرّافعي عن الجويني . قال السبكي : وسكتوا عن البقول ونحوها مما يجزّ مرّة بعد أخرى ، ويحتمل إلحاق عروقه

وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الأَرْضِ مُطْلَقَةً ، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ المَنْفَعَةِ .

فصل

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ المَدْفُونِ

بالغراس كما في البيع إلا أن يكون مما ينقل أصله فيكون كالفسيل الذي ينقل (و) الصحيح ، (**أنه لا تصح إعارة الأرض مطلقة ، بل يشترط تعيين نوع المنفعة**) من زرع أو غيره قياساً على الإجارة . والثاني : تصح ، واختاره السبكي . قال : ولا يضرّ الجهل ، لأنه يحتمل فيها ما لا يحتمل في الإجارة ، ونقل ابن الرفعة الصحة عن العراقيين ، وجزم به جماعة من الخراسانيين ، فالخلاف قويّ مع أن كلام المصنف يقتضي ضعفه ، وعلى الأوّل : لو قال : أعرتكها لتنتفع بها كيف شئت أو بما بدا لك ، ففي الصحة وجهان : أصحهما كما في المطلب الصحة . وقال السبكي : ينبغي القطع به ، وقد صحح الشيخان في نظيره من الإجارة الصحة والعارية به أولى ، وعلى هذا فقيل ينتفع بها كيف شاء ، وقيل : ينتفع بما هو العادة في المعار . قال الرافعي : وهو أحسن اهـ وهو المعتمد كما جرى عليه ابن المقري في روضه . قال الرافعي : والوجه القطع بأن إطلاق الإعارة لا يسلط على الدفن لما فيه من ضرر اللزوم .

تنبيه : ذكر المصنف الأرض مثال لما ينتفع به بجهتين فأكثر كالدابة تصلح للركوب والحمل . أما ما ينتفع به بوجه واحد كالبساط الذي لا يصلح إلا للفراش فلا حاجة في إعارته إلى بيان لكونه معلوماً بالتعيين . ثم شرع في الحكم الثالث ، وهو الجواز مترجماً له بفصل ، فقال :

فصل : لكل منهما

أي للمعير والمستعير (**ردّ العارية متى شاء**) وإن كانت مؤقتة والمدّة باقية ؛ لأنها مبرّة من المعير ، وارتفاق من المستعير فلا يليق بها الإلزام ، وردّ المعير بمعنى رجوعه كما في المحرّر ، ولو عبر به لكان أولى كما عبر به في الوديعة (**إلا إذا**) كانت العارية لازمة كمن (**أعار**) أرضاً (**لدفن**) لميت محترم وفعل المستعير (**فلا يرجع**) أي المعير في موضعه الذي دفن فيه ، وامتنع على المستعير ردّها ، فهي لازمة من جهتهما (**حتى يندرس أثر المدفون**) ، بأن يصير تراباً لا يبقى منه شيء غير عجب الذنب ، وهو مثل حبة خردل في

طرف العصعص لا جميع العصعص ، ولما كان لا يكاد يتحقق بالمشاهدة لم يتعرّض المصنف لاستثنائه فإنه لا يبلى أبداً ، وإنما آمتنع الرجوع محافظة على حرمة الميت ، ولهما الرّجوع قبل وضعه فيه ، لا بعد وضعه وإن لم يوار بالتراب كما رجحه في الشرح الصغير خلافاً لما قاله المتولي من جواز الرجوع ، وليس في الروضة وأصلها تصريح بترجيح . قال الأذرعي : وكلام النهاية والبسيط يوافق كلام المتولي ، ولم أرَ مَن صرّح بخلافه اهـ . وصورة ذلك بعد البلى ، إذا أذن المعير في تكرار الدفن وإلا فقد آنتهت العارية ، وإذا آمتنع الرّجوع قبل البلى لا يستحق المعير أجرة كما صرّح بذلك البغوي والماوردي وغيرهما ؛ لأن العرف غير قاض به والميت لا مال له ، وللمعير سقي شجر بالأرض التي بها القبر إن أمن ظهور شيء من الميت وإلا امتنع عليه ، ولو أظهره السيل من قبره قال الماوردي والروياني : يجب إعادته ؛ لأنه قد صار حقاً له مؤبداً . قال ابن الرفعة : وقد يوجه بأن دفنه على الفور وفي تأخيره إلى حفر غيره ونقله إليه تأخير للواجب ، ويؤخذ من ذلك أن السيل إن حمله إلى موضع مباح يمكن دفنه فيه من غير تأخير منع إعادته وهو كذلك ، وعلى المعير لوليّ الميت مؤنة حفر ما رجع فيه قبل الدفن ؛ لأنه المورّط له . فإن قيل : لو بادر المعير إلى زراعة الأرض بعد تكريب المستعير لها لم يلزمه أجرة التكريب كما في فتاوى البغوي فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن الدفن لا يمكن ، إلا بالحفر بخلاف الزراعة فإنها ممكنة بدون التكريب ، ولا يلزمه الطمّ لما حفره ، لأنه بالإذن .

تنبيه : أورد على حصره الاستثناء فيما ذكره مسائل . منها ما لو كفن الميت أجنبيّ وقلنا : إن الكفن باق على ملك الأجنبيّ كما هو الأصح في زيادة الروضة في كتاب السرقة فهو عارية لازمة كما قاله في الوسيط : أي من الجانبين ، فلو نبش الميت سبع وأكله فقد انتهت العارية فيرجع إلى المعير ولا يسمى راجعاً في العارية ، ومنها ما لو قال : أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً لم يكن للمالك ، وهو الوارث الرجوع قبل الشهر كما قالاه في التدبير ، ومنها ما لو نذر المعير أن لا يرجع إلا بعد سنة مثلاً أو نذر أن يعيره سنة مثلاً امتنع الرجوع قبل السنة قاله الرّافعي في التدبير ، ومنها ما لو أعار سفينة فوضع المستعير فيها متاعاً ثم طلبها المعير في اللجة لم يجب ، لذلك لأجل الضرر لا للزومها قاله البندنيجي والروياني . قال ابن الرفعة : ويظهر أن له الأجرة من حين الرجوع ، كما لو أعاره أرضاً لزرع فرجع قبل انتهائه ، ومنها ما لو أعاره دابة أو سلاحاً أو نحو ذلك للغزو فالتقى الصفان فليس له الرجوع في ذلك حتى ينكشف القتال قاله الخفاف في الخصال ، ومنها ما لو أراد الصلاة المفروضة ، فأعاره ثوباً ليستر به عورته أو ليفرشه في مكان نجس ففعل وكان الرجوع

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوِ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ إِنْ كَانَ شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّاناً لَزِمَهُ، وَإِلاَّ فَإِنِ ٱخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ، وَلاَ يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ ٱلأَرْضِ فِي الأَصَحِّ. قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ تَلْزَمُهُ ، وَٱللَّهُ أَعْلَمُ ،

مؤدّياً إلى بطلان الصلاة . قال الإسنوي : فيحتمل منعه وهو متجه ، ويحتمل الجواز وتكون فائدته طلب الأجرة اهـ ونقل الزركشي في الخادم عن البحر : أنه ليس للمعير الاسترداد ولا للمستعير الردّ إلا بعد فراغ الصلاة ، وفي شرح المهذب عن الماوردي وغيره : أن المعير لو رجع في الصلاة نزعه وبنى ولا إعادة عليه بلا خلاف اهـ ، والأولى كما قال شيخي : أن يقال في استعارة الستره للصلاة إن استعارها ليصلي فيها الفرض ، فهي لازمة من جهتهما أو مطلق الصلاة ، فهي لازمة من جهة المستعير فقط إن أحرم فيها بفرض ، وجائزة من جهتهما إن أحرم بنفل ، ويحمل ما ذكر على هذا التفصيل ، **ومنها** ما لو استعار سترة يستتر بها في الخلوة ، فهي لازمة من جهة المستعير أيضاً ، **ومنها** ما لو استعار دار السكنى المعتدة فهي لازمة من جهة المستعير أيضاً ، ومنها ما لو استعار سلاحاً ونحوه ليدفع به عما يجب الدفع عنه كما هو مبين في كتاب الصيال ، ومنها ما إذا استعار ما يدفع به أذى الحرّ والبرد المهلكين ، ومنها ما إذا استعار ما ينجى به من الغرق ويطفى به الحرق ، ويقاس بذلك ما في معناه **(وإذا أعار للبناء أو الغراس ولم يذكر مدّة)** ، بأن أطلق **(ثم رجع)** بعد أن بنى المستعير أو غرس **(إن كان)** المعير **(شرط)** عليه **(القلع)** فقط أو شرطه **(مجاناً)** أي بلا أرش لنقصه **(لزمه)** قلعه عملاً بالشرط ، فإن امتنع فللمعير القلع ، ويلزم المستعير تسوية الحفر إن شرطت ، وإلا فلا .

تنبيه : قوله : مجاناً كذا هو في الروضة وكتب الرافعي . قال السبكي والإسنوي : والصواب حذفه كما فعله جمهور الأصحاب ، فإنه يقتضي لولا الذي قدّرته فيه أنه لا يؤمر بالقلع مجاناً إلا عند التنصيص عليه ، وليس مراداً ، فإنه خلاف ما نصّ عليه في الأمّ والمختصر ، ولعلّ المصنف احترز به عما لو شرط القلع وغرامة الأرش فإنه يلزمه ، ولو اختلف المعير والمستعير هل شرط القلع بأرش أو لا . قال الأذرعي : الظاهر تصديق المعير كما لو اختلفا في أصل العارية ؛ لأن من كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفته **(وإلا)** أي وإن لم يشرط عليه القلع **(فإن اختار المستعير القلع قلع)** بلا أرش لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه **(ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح)** في المحرّر ؛ لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع **(قلت : الأصح تلزمه)** التسوية **(والله أعلم)** ؛

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً ، بَلْ لِلْمُعِيرِ الخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ ، قِيلَ أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ ،

لأنه قلع باختياره ، ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع ردّ الأرض إلى ما كانت عليه ليردّ كما أخذ ، وهذا هو الأظهر في الشرحين . وقال في الروضة : إنه قول الجمهور ، وأن ما في المحرّر ضعيف . وقال السبكي : إن كان الكلام في حفر حصلت في مدّة العارية ، لأجل الغرس والبناء فالأمر كما في المحرّر ، وإن كان في حفر حصلت من القلع زائدة على ما حصل قبل ذلك ، فالراجح وجوب التسوية ، ثم قال فتلخص للفتوى الفرق بين الحفر لأجل الغراس والبناء ، وبين الحفر للقلع ، وهذا الحمل متعين .

تنبيه : محل الخلاف كما قاله ابن الملقن : إذا كانت الحفر الحاصلة في الأرض على قدر الحاجة ، فإن كانت زائدة على حاجة القلع لزمه طمّ الزائد قطعاً **(وإن لم يختر)** أي المستعير القلع **(لم يقلع)** أي المعير **(مجاناً)**؛ لأنه وضع بحق فهو محترم **(بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة)** أي أجرة مثله **(أو يقلع ويضمن أرش النقص)** وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً كما في الكفاية **(قيل أو يتملكه)**؛ أي بعد ولا يلحق بالشفيع كما يؤخذ من كلام الرافعي **(بقيمته)** أي مستحق القلع حين التملك كما قاله العمراني ، فإن قيمته تنقص على هذا التقدير، ووجه مقابله أن ذلك بيع، فلا بدّ فيه من التراضي، وتخييره بين الثلاث هو المعتمد وفاقاً للإمام والغزالي وصاحب الحاوي الصغير والأنوار وغيرهم، ومقتضى كلام الروضة وأصلها في الصلح خلافاً لما فيها هنا من تخصيص التخيير بالأوّل والثالث. وأما ما وقع في الكتاب تبعاً لأصله من التخيير بين التبقية بالأجرة وبين القلع مع غرامة الأرش، دون التملك بالقيمة لم يذكراه في الشرحين والروضة وجهاً فضلاً عن تصحيحه بل لم يذكره غيرهما إلا ما يوهمه كلام التنبيه، بل قال الزركشي تبعاً للبلقيني ليس في المسألة خلاف كما زعمه الشيخان، بل الكل متفقون على التخيير بين الثلاث، ونسبه الإمام إلى كافة الأصحاب.

تنبيه : محلّ التخيير بين الثلاث إذا كان في الأرض نقص وكان المعير غير شريك ولم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه وإلا فيتعين القلع في الأوّل والتبقية بأجرة المثل في الثاني وتأخير التخيير إلى بعد الجداد كما في الزرع في الثالث لأن له أمداً ينتظر ، وإذا لم يرضَ الشريك في الثاني بالأجرة أعرض الحاكم عنهما ، ومحله أيضاً إذا لم يوقف البناء والغراس وإلا قال ابن الرِّفعة وغيره فيتعين تبقيتهما بالأجرة ، والزركشي يتخير بين ذلك وبين

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً إِنْ بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأُجْرَةَ وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ ، ثُمَّ قِيلَ يَبِيعُ الحَاكِمُ ٱلْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَتُقْسَمُ بَيْنَهُمَا، وَٱلْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئاً ، وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالِانْتِفَاعُ بِهَا ،

قلعهما بالأرش ، وهذا أوجه ، ومحله أيضاً إذا لم يوقف الأرض وإلا فيتخير بين الثلاث ، لكن لا يقلع بالأرش ، إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ، ولا يتملك بالقيمة ، إلا إذا كان في شرط الواقف جواز تحصيل مثل ذلك البناء والغراس من ريعه ، وبذلك أفتى ابن الصلاح في نظيره من الإجارة .

فرع : لو قطع شخص غصناً له ووصله بشجرة غيره فثمرة الغصن لمالكه ، لا لمالك الشجرة كما لو غرسه في أرض غيره ، ثم إن كان الوصل بإذن المالك فليس له قلعه مجاناً بل يتخير المالك بين أن يبقيه بالأجرة أو يقلعه مع غرامة أرش النقص ولا يتملكه بالقيمة ، وإن قلنا فيما مرّ : إنه يتملك بالقيمة البناء والغراس للفرق الواضح **(فإن لم يختر)** أي المعير واحدة من الخصال التي خير فيها **(لم يقلع مجاناً)** أي : ليس له ذلك **(إن بذل)** بالذال المعجمة : أي أعطى **(المستعير الأجرة)** لانتفاء الضرر **(وكذا إن لم يبذلها في الأصح)** لأن المعير مقصر بترك الاختيار راض بإتلاف منافعه . والثاني : يقلع ؛ لأنه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجاناً **(ثم)** على الأصح **(قيل : يبيع الحاكم الأرض وما فيها)** من بناء وغراس **(ويقسم بينهما)** على ما يذكره بعد فصلاً للخصومة **(والأصح أنه)** أي الحاكم **(يعرض عنهما حتى يختارا شيئاً)** أي يختار المعير ماله اختياره ويوافقه المستعير عليه لينقطع النزاع بينهما .

تنبيه : في نسخة المصنف إثبات الألف في يختارا كما رأيتها بخطه وهو ما في المحرر ، ولكن الذي في أكثر نسخ الشرحين ، وفي الروضة بخط المصنف يختار بغير ألف وصحح بخطه على موضع سقوط الألف . قال السبكي : وهو أحسن . وقال الإسنوي : إنه الصواب ؛ لأن اختيار المعير كاف في فصل الخصومة اهـ . وقال الأذرعي إن الوجه إثباتها ، ثم حكى عن جماعة أنهم عبروا عن الوجه الأصح بأن يقال لهما : انصرفا حتى تصطلحا على شيء . قال : فأفهم ذلك أن قوله يختارا أثبت في النقل وأعمّ ، ولم أرَ في شيء من نسخ الشرحين إسقاط الألف اهـ وهذا أوجه ، وهو الذي حليت عليه عبارة المصنف تبعاً للشارح فإن المعير قد يختار ما لا يجبر عليه المستعير ولا يوافقه عليه ، ثم فرع المصنف على الإعراض عنهما حتى يختارا فقال : **(وللمعير دخولها والانتفاع بها)** في مدّة المنازعة ؛

وَلَا يَدْخُلُهَا ٱلْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِلتَّفَرُّجِ ، وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَٱلإِصْلَاحِ فِي الأَصَحِّ، وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ ، وَقِيلَ لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ ، وَالْعَارِيَةُ المؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ ،

لأنها ملكه ، وله الاستظلال بالبناء والغراس . قال الإمام : والظاهر لزوم الأجرة مدّة التوقف ، وجزم في البحر بأن لا أجرة له وهو أوجه لأن الخيرة في ذلك إليه **(ولا يدخلها المستعير بغير إذن)** من المعير **(للتفرّج)** ؛ لأنه لا ضرورة به إليه فكان كالأجنبيّ .

تنبيه : التفرج لفظة مولدة لعلها من انفراج الهم وهو انكشافه كما قاله المصنف في تحريره ، ولو قال : بدلها بلا حاجة لكان أولى ، **(ويجوز)** الدخول **(للسقي)** للغراس **(والإصلاح)** له أو للبناء صيانة لملكه عن الضياع ، ويجوز أيضاً لأخذ ثمر أو جريد أو نحو ذلك من غراسه . نعم لو تعطل نفع الأرض على مالكها بدخوله لم يلزمه أن يمكنه من دخولها إلا بأجرة كما نقله الرافعي عن التتمة وأقره .

تنبيه : فهم مما تقرر في المعير عدم جواز الاستناد إلى البناء والغراس ، وبه قطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ، وحكاه القاضي حسين ثم استشكله بما مر في الصلح من جواز هذا في جدار الأجنبي . وأجيب بحمل ما هنا على ما فيه ضرر ، فإذاً لا فرق ، وإن فرق بأن المعير حجر على نفسه لعدم اختياره ، فلهذا منع بخلاف الأجنبي **(ولكلّ)** من المعير والمستعير **(بيع ملكه)** من صاحبه ومن غيره كسائر الأملاك ، فإن باع المعير لثالث تخير المشتري كما كان يتخير البائع ، وإن باع المستعير كان المعير على خيرته ، وللمشتري الفسخ إن جهل الحال ، ولو باعا معاً بثمن واحد جاز للضرورة ويوزع الثمن عليهما . قال المتولي : كما في رهن الأم دون الولد . وقال البغوي : يوزع الثمن على قيمة الأرض مشغولة بالغراس أو البناء وعلى حصة ما فيها وحده ، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير ، وبهذا جزم ابن المقري في روضه **(وقيل ليس للمستعير بيعه لثالث)** ؛ لأنه ملكه غير مستقرّ ، فإن للمعير تملكه بالقيمة . وأجاب الأوّل بأن هذا لا يمنع البيع كما في بيع الشقص المشفوع .

تنبيه : قد يفهم كلامه أن للمعير بيعه لثالث قطعاً ، وليس مراداً ، بل فيه وجه صححه الماوردي والروياني ؛ لأن مدّة بقاء البناء والغرس مجهولة ، ولو أجر المعير الأرض فالمتجه كما قال الإسنوي الصحة إن أمكن التفريغ قبل مضيّ زمن لمثله أجرة **(والعارية المؤقتة)** لبناء أو غراس أو غيره **(كالمطلقة)** فيما مر من الأحكام ، إذا انتهت المدّة أو رجع

وفي قَوْلٍ لَـهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّـاناً إذَا رَجَـعَ، وَإذَا أَعَارَهُ لِـزِرَاعَةٍ ورَجَـعَ قَبْلَ إدْرَاكِ الـزَّرْعِ فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْـهِ ٱلإبْقَـاءَ إلَى ٱلحَصَـادِ ، وأَنَّ لَـهُ ٱلأُجْرَةَ ، فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزِّرَاعَـةِ قَلَعَ مَجَّانـاً ،

فيها . لكن في المؤقتة يجـوز له أن يغـرس ويبني المرة بعـد الأخرى مـا لم تنقص المدّة أو يرجع المعير . وفي المطلقة لا يفعل ذلك إلا مرّة واحدة . فإن قلع ما بناه أو غـرسه لم يكن له إعادته إلا بإذن جديد إلا إن صرح له بالتجديد مرّة بعـد أخرى ذكـره الشيخان في الكـلام على الزرع وغير الغـراس والبناء في معنـاهما . فـإن فعل عـالماً أو جـاهلاً بـرجوعـه أو بعد انقضاء المدّة قلع مجاناً وكلف تسوية الأرض كـالغاصب في حـالة العلم ، وكـذلك مـا نبت بحمل السيل إلى أرض غيره في حالة الجهل **(وفي قول له القلع فيها)** أي المؤقتة **(مجاناً إذا رجع)** بعد المدّة ويكون هذا فائدة التأقيت ، ومقابله يقول : فائدته طلب الأجرة .

تنبيـه : محل هذا القول بعد المدّة كما قدّرته وهو بعدها لا يحتاج إلى رجـوع ، فكان الأولى التعبير بالانتهاء دون الرجوع **(وإذا أعاره)** أرضاً **(لزراعة)** مطلقاً **(ورجع)** المعيـر **(قبل إدراك الزرع ، فالصحيح أن عليه الإبقاء إلى الحصاد)** ؛ لأنه محترم ولـه أمد ينتـظر بخلاف البناء والغراس ، ومقابل الأصح وجهان : أحدهما له قلعه ويغرم أرش النقص ، والثاني : له التملك بـالقيمة في الحـال ، وعلى الأوّل إن كان الـزرع مما يعتـاد قلعه فصيـلاً كلف القلع وكذا إن لم ينقص بالقلع كمـا في المطلب وإن لم يعتـد قلعه **(و)** الصحيـح ، وفي الروضـة الأصـح **(أن له الأجـرة)** من وقت الرجـوع إلى الحصاد ؛ لأن الإبـاحة انقـطعت بالـرجوع ، فـأشبه ما إذا أعـار دابة ثم رجـع في الطريق فـإن عليه نقـل متاعـه إلى مأمن بـأجرة المثـل . والثاني : لا أجرة له ، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستـوفاة بـالزرع . ثم أشـار إلى ما هو كالمستثنى مما قبله بقولـه **(فلو عين)** المعيـر **(مدّة)** للزراعـة **(ولم يدرك)** أي الـزرع **(فيها لتقصيره)** أي المستعير **(بتأخير الزراعة قلع)** المعيـر الزرع **(مجـاناً)** لمـا أشار إليـه من كونـه مقصراً ، ويلزمه أيضاً تسوية الأرض وإن قصر بـالزرع ، ولم يقصـر بالتـأخير كـأن كان على الأرض سيل أو ثلج أو نحو ذلك ، لا يمكن معه الزرع ثم زرع بعد تمكنه وهو لا يـدرك في المدّة ، فالحكم كذلك . أما إذا لم يحصل منه تقصير فإنه لا يقلع مجـاناً بـل يكون كمـا لو أعار مطلقاً سواء كان عدم الإدراك لحرّ أم برد أم مـطر أم لقلة المدّة المعينـة أم لأكل الجـراد رؤوس الـزرع فنبت ثانيـاً . قال الإسنـوي : وذكر الـرافعي في الإجارة أنـه إذا أبـدل الـزرع

وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْراً إِلَى أَرْضِهِ فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ ، ولَـوْ رَكِبَ دَابَّةً وقَالَ لِمَالِكِهَا أَعَرْتَنِيهَافَقَالَ بَلْ أَجَّرْتُكَهَا، أَوِ ٱخْتَلَفَ مَالِكُ ٱلأَرْضِ وزَارِعُهَا كَذٰلِكَ فَالمُصَدَّقُ المَالِكُ عَلَى المَـذْهَبِ ،

المعين بغيره كان كالتقصير بالتأخير فيأتي مثله هنا أيضاً **(ولـو حمل السيـل)** أو نحوه كهـواء **(بذراً)** لغيره **(إلى أرضه فنبت)** فيها **(فهو)** أي النابت **(لصاحب البذر)** بـإعجام الـذال ؛ لأنه عين ماله تحوّل إلى صفة أخرى فلم يزل ملكه عنه فيجب ردّه إليه إن حضر وعلمه وإلا فيردّه إلى القاضي ؛ لأنه نائب الغائب ويحفظ المال الضائع .

تنبيـه : شمل إطلاقـه ما لـو كان المحمـول لا قيمة لـه كحبة أو نـواة لم يعرض عنهـا مالكها وهو الأصح كما في زيادة الروضة **(والأصح أنه)** أي المالك **(يجبر على قلعه)** أي مـا ذكر ؛ لأن مالك الأرض لم يأذن له . والثاني : لا يجبـر ؛ لأنه غيـر متعد فهـو كالمستعيـر ، وعلى الأوّل يلزمه تسوية الأرض ؛ لأن ذلك لتخليص ملكه ، ولا أجرة عليه للمدّة التي قبـل القلع كما في المطلب لعدم فعله . أما إذا أعرض عنها مالكها وكان ممن يصح إعراضه فهي لمالك الأرض .

تنبيـه : قول المصنف بذراً : أي مـا سيصير مبـذوراً تسمية لاسم المفعـول بالمصـدر ففيه تجوّز من وجهين ، فلو لم ينبت المحمـول الذي لم يعـرض عنه مـالكه لـزم ردّه إليه إن حضر ، وإلا فللقاضي كما مر . ثم شرع في الاختلاف بين المـالك وذي اليـد فقال : **(ولـو ركب)** شخص **(دابة)** لغيره **(وقال لمالكها : أعرتنيها فقال)** ، له مالكها : **(بل أجرتكها)** مدّة كذا بكذا **(أو اختلف مـالك الأرض وزارعهـا كذلـك فالمصـدق المالـك على المذهب)** إذا اختلفـا بعد مضيّ مـدة لمثلها أجـرة والدابـة باقيـة ؛ لأن المنـافـع تصـح المعـاوضـة عليهـا كـالأعيان ، ولـو ٱختلفا في العين بعـد تلفها ، كـأن أكل طعـام غيره وقـال : كنت أبحته لي وأنكر المالك ؛ فإنه يصدّق بيمينه ، فكذا هنا فيحلف على النفي والإثبات ، وله أجرة المثل في الأصح المنصوص ، وقيل : المسمى ، وقيل : الأقلّ منهما ، والمـراد بتصديق المـالك في استحقاق الأجرة ، لا في أنه يصدّق في عقد الإجارة حتى يتمكن الآخر من أخذ المنـافع إذا كـان الاختلاف في أوّل المـدّة أو في أثنائهـا ، فإن نكـل المالـك لم يحلف الـراكب ولا الـزارع ؛ لأنهما لا يـدّعيان الإعـارة وليست لازمـة ، وقيـل يحلفـان ونسب للقـاضي حسين للتخليص من غـرم . والثاني : يصـدّق الراكب والـزارع ؛ لأن المالـك وافقهما على إبـاحة

وكَذَا لَـوْ قَالَ: أَعَـرْتَنِي، وقَالَ بَـلْ غَصَبْتَ مِنِّي، فَإِنْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ فَقَدِ ٱتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ ، لَكِنِ ٱلأَصَحُّ أَنَّ الْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ ، ولاَ بِيَوْمِ الْقَبْضِ ، فَإِنْ كانَ مَا يَـدَّعِيهِ المَـالِكُ أَكْثَـرَ حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ .

المنفعة لهما ، والأصل براءة ذمتهما من الأجرة التي يدعيها . والثـالث : يصدّق المـالك في الأرض دون الدابة ؛ لأن الدواب يكثر فيهـا الإعارة بخـلاف الأرض . أما إذا لم تمض مـدّة لمثلها أجرة ، فالمصدّق الراكب والزارع فيحلف ما أجرتني ؛ لأنه لم يتلف شيئاً حتى نجعله مدّعياً لسقوط بدله ، وإن وقع ذلك بعد تلف الـدابة ، فـإن تلفت عقب الأخذ فـالراكب مقـرّ بالقيمة لمنكرها فتردّ بردّه ، أو بعد مضي مدّة لمثلها أجرة ، فالراكب مقرّ بالقيمـة لمنكر لهـا وهـو يدعي الأجـرة فيعطي قـدر الأجرة من القيمـة بلا يمين ويحلف للزائـد ، فيما إذا زادت على القيمـة **(وكذا)** يصـدّق المالـك على المذهب **(لـو قال)** الـراكب أو الزارع : **(أعـرتني فقال)** المالك : **(بل غصبت مني)** ، وقد مضت مدّة لمثلها أجرة ، والعين باقية ، لأن الأصل عدم الإذن فيحلف ويستحق أجرة المثل . والثاني : أن القـول قول المستعيـر ، لأن الظاهـر أن تصـرّفه بحقّ **(فـإن تلفت العين)** بما يـوجب ضمان العـارية قبـل ردّهـا **(فقـد آتفقـا على الضمـان)** ؛ لأن كلًّا من المغصـوب والمستعار مضمـون ، **(لكن الأصح أن العـاريـة تضمن بقيمة يوم التلف ، لا بأقصى القيم ولا بيوم القبض)** وهما مقابل الأصحّ **(فـإن كان مـا يدعيـه المالك)** بـالغصب **(أكثر)** من قيمـة يوم التلف **(حلف للزيـادة)** ؛ لأن غريمـه ينكرهـا . وأما المتفق عليـه ، فيأخـذه بلا يمين لمـوافقة غـريمه على استحقـاقه ، وإليـه يشير قـولـه حلف للزيادة ، ولا يضرّ اختلاف الجهة .

تنبيـه : قضيـة كلام الشيخين في كتبهمـا أنه لا فـرق في ضمانـه بالقيمـة بين المتقـوّم والمثلي . قـال الإسنوي : وهـو كذلـك ففي الحاوي والمهـذب والبحر إن ضمنـاه المتقـوم بـالأقصى أوجبنا المثـل في المثلي وإن ضمناه بقيمـة يوم التلف ، وهـو الأصـح ففي المثلي القيمة أيضاً ، فما في كتب الشيخين ماش على الصحيح ، وجزم به في الأنوار واقتضاه كلام جمع وحينئذ يصيـر مستثنى من قاعـدة أن المثلي يضمن بالمثـل . وقال ابن أبي عصـرون : يضمن المثلي بالمثل وجرى عليه السبكي . وقال شيخنا : وهـو الأوجه ، وقـول المصنف : لكن الـخ مسألـة مستقلة ، وهي أن العاريـة هـل تضمن بقيمـة يـوم التلف بغيـر الاستعمـال المـأذون فيه أو بـالأقصى أو بيوم القبض ، وفيـه أوجه . أصحهـا بقيمة يـوم التلف فلا وجـه للاستدراك .

تتمة : لو قال المالك : غصبتني وقال الراكب : أجرتني صدق المالك بيمينه ؛ لأن الأصل بقاء استحقاق المنفعة فيستردّ العين إن كانت باقية ، وله فيما إذا انقضت مدة لها أجرة أخذ قدر المسمى بلا يمين ؛ لأن الراكب مقرّ له به ، ويحلف للزائد على المسمى وقيمة المعين إن تلفت ، ولو قال المالك : غصبتني وقال ذو اليد : أودعتني صدق المالك بيمينه وأخذ القيمة إن تلفت العين وأجرة المثل ، إن مضت مدّة لها أجرة ، ولو ادّعى المالك الإجارة وذو اليد الغصب ، فإن لم تتلف العين ولم تمض مدّة لها أجرة صدق ذو اليد بيمينه ، فإن مضت فالمالك مدع للمسمى وذو اليد مقرّ له بأجرة المثل ، فإن لم يزد المسمى عليها أخذه بلا يمين وإلا حلف للزائد ، ولو ادّعى المالك الإعارة وذو اليد الغصب فلا معنى للنزاع فيما إذا كانت العين باقية ولم تمض مدّة لها أجرة ، وإن مضت فذو اليد مقرّ بالأجرة لمنكرها وإن تلفت قبل مضيّ مدّة لها أجرة ، فإن لم يزد أقصى القيم على قيمة يوم التلف أخذ القيمة بلا يمين ، وإلا فالزيادة مقرّ بها ذو اليد لمنكرها : وإن مضت مدّة لها أجرة ، فالأجرة مقرّ بها ذو اليد لمنكرها .

خاتمة : لو اختلف المعير والمستعير في ردّ العارية ، فالقول قول المعير بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الردّ مع أن المستعير قبض العين لمحض حق نفسه ، ولو استعمل المستعير العارية جاهلاً برجوع المعير لم تلزمه أجرة . فإن قيل : الضمان لا فرق فيه بين الجهل وعدمه . أجيب بأن ذلك عند عدم تسليط المالك وهنا بخلافه ، والأصل بقاء السلطة ، وبأنه المقصر بترك الإعلام . فإن قيل : الجواب الثاني مشكل بوجوب الدية على الوكيل إذا اقتص جاهلاً بعزل المستحق . أجيب بأنه مقصر بتوكله في القود ، لأنه غير مستحق إذ العفو فيه مطلوب فضمن زجراً له عن التوكل فيه .

كِتَابُ ٱلْغَصْبِ

هُـوَ : ٱلإِسْتِيلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْـرِ عُدْوَانـاً ،

كِتَابُ ٱلْغَصْبِ(١)

(هو) لغةً أخذ الشيء ظلماً ، وقيل : أخذه ظلماً جهاراً . وشرعاً **(الاستيلاء على حق الغير عدواناً)** أي على وجه التعدي ويرجع في الاستيلاء للعرف ، وذكر في الكتاب أمثلة يتضح بها ستأتي . قال المصنف : ولا يصح قول مَن قال : على مال الغير ؛ لأنه يخرج المنافع ، والكلب والسرجين وجلد الميتة وخمر الذمي وسائر الاختصاصات كحق التحجر ، وآختار الإمام ، أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق . قال : ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه بغير عدوان كأخذه مال غيره يظنه ماله . وقول الرافعي : والأشبه التقييد به ، والثابت في هذه الصورة حكم الغصب لا حقيقته . قال شيخنا : ممنوع وهو ناظر إلى أن الغصب يقتضي الإثم مطلقاً وليس مراداً وإن كان غالباً . وقال شيخي : الذي يتحصل في تعريفه من كلام الأصحاب أن الغصب ضماناً وإثماً الاستيلاء على مال الغير عدواناً ، وضماناً الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، وإنما

---

(١) الغصب لغة : مصدر غصبه يغصبه بكسر الصاد . ويقال : اغتصبه أيضاً ، وغصبه منه ، وغصبه عليه بمعنى ، والشيء غصب ومغصوب ، وهو في اللغة : أخذ الشيء ظلماً ، قاله الجوهري ، وابن سيده ، وغيرهما من أهل اللغة .

انظر : المصباح المنير : ٦١٣/٢ ، الصحاح : ١٩٤/١ ، المطلع : ٢٧٤ ، المغرب : ١٢٥/٢ .

واصطلاحاً :

عرّفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه : إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال . وقال محمد : الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصباً .

عرّفه المالكية بأنه : أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال .

عرّفه الحنابلة بأنه : الاستيلاء على مال الغير بغير حق .

انظر : بدائع الصنائع : ٤٤٠٣/٩ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٢٢٢/٥ ، مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ ، مواهب الجليل : ٢٧٤/٥ ، حاشية الدسوقي : ٤٤٢/٣ ، المغني : ٢٣٨/٥ ، شرح منتهى الإرادات : ٣٩٩/٢ .

فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ ، وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ

الاستيلاء على حق الغير عدواناً . فإن قيل : يرد على التعريف السرقة فإنه صادق بها وليست غصباً . أجيب بأنها غصب أيضاً ، وإن كانت من حيث إنها سرقة يترتب عليها حكم زائد على الغصب بشرطه . وقال بعضهم : إن السارق والمختلس خرجا بقوله الاستيلاء فإن الاستيلاء ينبني على القهر والغلبة ، وأخذ مال الغير على وجه المحاباة وهو كاره له في معنى الغصب كما قاله الزركشي . وقال في الإحياء : مَن طلب من غيره مالاً بحضرة الناس فدفعه إليه بباعث الحياء والقهر لم يملكه ، ولا يحلّ له التصرّف فيه ، والغصب كبيرة وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقة ، وفي الكفاية عن الماوردي الإجماع على أن مَن فعله مستحلاً : أي وهو ممن لا يخفى عليه تحريمه كان كافراً ، ومَن فعله غير مستحلّ كان فاسقاً . والأصل في تحريمه آيات منها قوله تعالى ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ﴾ [المطففين : ١] ، وإذا كان هذا في التطفيف وهو غصب القليل فما ظنك بغصب الكثير ، ومنها قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء : ٢٩] أي لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل . وأخبار منها خبر الصحيحين «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ» ومنها خبرهما أيضاً «مَنْ ظَلَمَ قِيْدَ شِبْرٍ مِنْ أَرْضٍ طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ» ومعنى طوّقه كلف حمله . وقيل : يجعل في حلقه كالطوق . ثم شرع المصنف في الأمثلة التي يتضح بها فقال : **(فلو ركب دابة ، أو جلس على فراش)** لغيره **(فغاصب وإن لم ينقل)** ذلك ولم يقصد الاستيلاء لحصول الغاية المطلوبة من الاستيلاء ، وهي الانتفاع على وجه التعدّي .

تنبيه : قضية إطلاق المصنف الغصب بالجلوس على الفراش ، أنه لا فرق بين حضور المالك وغيبته وهو كذلك ، وما ذكره في أصل الروضة من أن المالك إذا حضر ولم يزعجه وكان بحيث يمنعه التصرّف في ذلك ، أن قياس ما يأتي في العقار أن يكون غاصباً لنصفه فقط ليس في الحقيقة نظيره ، وإنما نظيره كما قال شيخي : أن يجلس معه على الفراش ، ويمكن حمل كلام أصل الروضة على ذلك ، وكلام المصنف قد يفهم أن غير الدابة والفراش من المنقولات ، أنه لا بدّ فيها من النقل ، وبه صرّح صاحب التعجيز فقال : المعتبر في المنقول النقل إلا في الدابة والفراش فإن الاستيلاء عليهما يتمّ بالركوب والجلوس بدليل أنهما لو تنازعا فيه جعلت اليد له ، والمعتمد أنه لا فرق بينهما وبين غيرهما ، فاستخدام العبد كركوب الدابة كما ذكره ابن كج **(ولو دخل داره)** أي دار غيره

وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا أَوْ أَزْعَجَهُ وقَهَرَهُ عَلَى آلـدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ فَغَاصِبٌ، وفي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ ، وَلَوْ سَكَنَ بَيْتاً ومَنَعَ المَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ ، ولَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الإسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ المَالِكُ فِيهَا فَغَاصِبٌ ، وإنْ كانَ ولَمْ يُزْعِجْهُ فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ إلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفاً لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِياً عَلَى صَاحِبِ آلدَّارِ ،

بعياله أو بدونهم على هيئة مَن يقصد السكنى وإن لم يقصد الاستيلاء **(وأزعجه عنها)** أي أخرجه منها كما فسره ابن سيده **(أو أزعجه وقهره على الدار)** بما يصير به قابضاً في بيعها وهو التسلط على التصرّف **(ولم يدخلـ)**ـها **(فغاصب)** أما في الأولى فلأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده . وأما في الثانية ؛ فلأنه لا يعتبر في قبضها دخولها والتصرّف فيها ، ولكن لا بدّ من قصد الاستيلاء كما قاله الماوردي والإمام وإليه أشار المصنف بقوله وقهره على الدار ، فإن وجد الإزعاج فقط في الثانية ، أو لم يقصد السكنى في الأولى كمن يهجم الدار لإخراج صاحبها كظالم ولا يقيم ، فلا يكون غاصباً لشيء منها ولا يضمنها **(وفي الثانية)** وهي فيما إذا أزعجه وقهره ولم يدخل **(وجه واه)** أي ضعيف جدًّا مجاز عن الإسقاط أنه لا يكون غاصباً ؛ لأن أهل العرف لا يطلقون على ذلك أنه غاصب . وأما أمتعة الدار فإن منع الغاصب المالك منها كان غاصباً لها وإلا فلا ، قاله القاضي والمتولي **(ولو سكن بيتاً)** من الدار **(ومنع المالك منه دون باقي الدار فغاصب للبيت فقط)** لقصده الاستيلاء عليه دون باقي الدار **(ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها)** ، ولا مَن يخلفه من أهل ومستأجر ومستعير ونحو ذلك **(فغاصب)** لها وإن ضعف الداخل وقوي المالك لحصول الاستيلاء في الحال وأثر قوّة المالك وسهولة إزالته لا تمنع في الحال . أما إذا دخل لا على قصد الاستيلاء ، بل ينظر هل تصلح له أو ليأخذ مثلها أو نحو ذلك ، فإنه لا يكون غاصباً حتى لو انهدمت حينئذ لم يضمنها **(وإن كان)** المالك فيها **(ولم يزعجه فغاصب لنصف الدار)** لاستيلائه مع المالك عليها **(إلا أن يكون)** الداخل **(ضعيفاً لا يعدّ مستولياً على صاحب الدار)** فلا يكون غاصباً لشيء منها وإن قصد الاستيلاء إذ لا عبرة بقصد ما لا يتمكن منه ، وإنما هذا وسوسة وحديث نفس ، ولا يكون في صورة المشاركة السابقة غاصباً للنصف . قال السبكي : وقياس ما ذكر هنا يقتضي أنه لو انعكس الحال فكان المالك ضعيفاً والداخل بقصد الاستيلاء قوياً كان غاصباً للجميع . قال الأذرعي : وفيه نظر ؛ لأن يد المالك الضعيف موجودة ، فلا معنى لإلغائها بمجرّد قوّة الداخل اهـ وهذا كما قال شيخي أوجه .

وعَلَى الْغَاصِبِ ٱلـرَّدُّ ،

تنبيـه : حيث لا يجعل غاصباً لا يلزمه أجرة كما دلّ عليه كلام القاضي في فتاويه فإنـه قـال : لو دخـل سارق ولم يمكنـه الخروج وتخبأ في الدار ليلة فـلا أجرة عليـه ؛ لأن اليـد للمالك . وقال الأذرعي : ما ذكره القاضي مشكل لا يوافق عليـه اهـ وهذا أوجـه لأنه صـدق عليه ، أنه استمرّ في داره ليلة بغير إذنه ، ولو دفع إلى عبد غيره شيئاً ليوصله إلى بيته ، بغير إذن مالكه كـان غاصباً له ، قـاله القـاضي ، وطرد ذلـك فيما إذا استعمله في شغـل ، وفي فتاوى البغوي أنه لا يضمن إلا إذا اعتقد طاعة الآمر ، وهذا أيضاً أوجه . قال البغوي : ولـو أن الزوج بعث عبد زوجته في شغل دون إذنها ضمنه بكـل حالٍ ، لأن عبـد المرأة قـد يرى طاعة زوجها ، فهو كالأعجمي في حق الأجنبي . وسئل ابن الصلاح عن رجل أخاف مملوكاً لغيره بسبب تهمة فهرب لوقته ، فأجـاب بأنـه لا يضمنه إن لم يكن نقله من مكـان إلى مكان بقصد الاستيلاء اهـ وقوله نقله الخ ليس بقيد بل مسكه بيده كاف ، ولـو استولى على حيـوان فتبعه ولده الذي من شأنه أن يتبعه ، أو هادي الغنم فتبعه الغنم لم يضمن التـابع في الأصـح إذ لم يستولِ عليه ، وكـذا لو غصب أمّ النحـل فتبعها النحـل لا يضمنه إلا إن استـولى عليه خـلافاً لصـاحب المـطلب (**وعلى الغـاصب الـردّ**) للمغصـوب على الفـور عنـد التمكن وإن عظمت المؤنة في ردّه ، ولو كان غير متموّل كحبة برّ أو كلب يقتنى للحديث المارّ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُـؤَدِّيَهُ» فلو لقي المـالك بمفـازة والمغصوب معـه فإن استـردّه لم يكلف أجرة النقل ، وإن امتنع فوضعه بين يديه بـرىء إن لم يكن لنقله مؤنة ، ولـو أخذه المـالك وشـرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز ، لأنـه نقل ملك نفسـه ، ذكر ذلـك البغوي ، وفي الشـرح والروضة في آخر الباب عن المتولي أنه لو ردّ الدابة لإصطبل المالـك برىء إن علم المـالك بـه بمشاهـدة أو أخبار ثقـة ولا يبرأ قبـل العلم وأقـرّاه ، ولـو غصب من المـودع والمستـأجـر والمـرتهن برىء بـالردّ إليهم لا إلى الملتقط ؛ لأنـه غير مـأذون له من جهـة المـالـك ، وفي المستعيـر والمستام وجهـان أوجههما أنـه يبرأ لأنهمـا مأذون لهمـا من جهة المـالـك لكنهمـا ضامنان ، ولو أخذ من عبد شيئاً ثم ردّه إليه فإن كـان سيده دفعـه إليه كملبـوس العبد وآلات يعمل بها برىء ، وكذا لـو أخذ الآلـة من الأجير وردّهـا إليه ؛ لأن المـالك رضي بـه ، قالـه البغوي في فتاويه .

تنبيـه : قضيـة كلام المصنف أنـه لا يجب على الغـاصب مـع ردّ المغصـوب شيء ، ويستثنى مسألة يجب فيها مع الـردّ القيمة ، وهي مـا لو غصب أمـة فحملت بحرّ في يـده ثم

فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ ،

ردّها لمالكها ، فإنه يجب عليه قيمتها للحيلولة ؛ لأن الحامل بحرّ لاتباع ، ذكره المحب الطبري . قال : وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى واستيفاؤه للإمام ، ولا يسقط بإبراء المالك ، واستثنى البلقيني من وجوب الردّ صوراً : إحداها إذا ملكه الغاصب بالغصب وذلك في حربي غصب مال حربي ولا يملك الغاصب بالغصب إلا في هذه الصورة؛ لأن مال الحربي غير محترم . الثانية : لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان محترم فلا ينزع منه ما دام حياً : أي إذا كان يتألم به . الثالثة : غصب عصيراً عصر بقصد الخمرية فتخمر عنده يريقه ولا يردّه . الرابعة : كل عين غرمنا الغاصب بدلها لما حدث فيها وهي باقية لا يجب ردّها على المالك كما في الحنطة تبتل بحيث يسري إلى الهلاك ونحو ذلك ، ويستثنى من وجوب الردّ على الفور مسألتان : الأولى ما لو غصب لوحاً وأدرجه في سفينته وكانت في لجة وخيف من نزعه هلاك محترم في السفينة ولو للغاصب على الأصح فلا ينزع في هذه الحالة . ثانيهما تأخيره للإشهاد وإن طالبه المالك . فإن قيل : هذا مشكل كما قاله بعضهم لاستمرار الغصب . أجيب بأنه زمن يسير اغتفر للضرورة ؛ لأن المالك قد ينكره وهو لا يقبل قوله في الردّ **(فإن تلف عنده)** متموّل بآفة أو إتلاف كله أو بعضه **(ضمنه)** بالإجماع . أما غير المتموّل كحبة برّ أو كلب يقتني زبل وحشرات ونحو ذلك فلا يضمنه ، ولو كان مستحق الزبل قد غرم على نقله أجرة لم نوجبها على الغاصب .

تنبيه : يستثنى من ضمان المتموّل إذا تلف مسائل . منها ما لو غصب الحربيّ مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان ولو كان باقياً وجب ردّه . ومنها لو غصب عبداً وجب قتله لحق الله تعالى بردّة ونحوها فقتله فلا ضمان على الأصح . ومنها الرقيق غير المكاتب إذا غصب مال سيده وأتلفه لم يضمنه ، ومنها لو قتل المغصوب في يد الغاصب واقتصّ المالك من القاتل فإنه لا شيء على الغاصب ؛ لأن المالك أخذ بدله قاله في البحر . قال الإسنوي : وقوله تلف لا يتناول ما إذا أتلفه هو أو أجنبيّ لكنه مأخوذ من باب أولى ، ولذا قلت أو إتلاف لكن لو أتلفه المالك في يد الغاصب أو أتلفه مَن لا يعقل أو مَن يرى طاعة الآمر بأمر المالك بريء من الضمان . نعم لو صال المغصوب على المالك فقتله دفعاً لم يبرأ الغاصب سواء أعلم أنه عبده أم لا ؛ لأن الإتلاف بهذه الجهة كتلف العبد نفسه ، وخرج بقول المصنف عنده ما لو تلف بعد الردّ إلى المالك فإنه لا ضمان ، واستثنى من ذلك ما لو ردّه على المالك بإجارة أو رهن أو وديعة ولم يعلم المالك

وَلَوْ أَتْلَفَ مَالاً في يَدِ مَالِكِهِ ضَمِنَهُ ، ولَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِنَ ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ لَمْ يَضْمَنْ ،

فتلف عند المالك فإن ضمانه على الغاصب ، وما لو قتل بعد رجوعه إلى المالك بردّة أو جناية في يد الغاصب فإنه يضمنه . ثم شرع المصنف في مسائل ذكرها الأصحاب استطراداً يقع فيها الضمان بلا غصب بل بمباشرة كإتلاف أو سبب كفتح القفص ، وقد بدأ بالأوّل ، فقال (**ولو أتلف مالاً في يد مالكه ضمنه**) بالإجماع ، واستثنى من ذلك مسائل . منها كسر الباب ونقب الجدار في مسألة الظفر ، ومنها ما إذا لم يتمكن من دفع الصائل إلا بعقر دابته وكسر سلاحه ونحو ذلك ، ومنها ما إذا لم يتمكن من إراقة الخمر إلا بكسر آنيته ، ومنها ما يتلفه الباغي على العادل وعكسه حالة الحرب ، وكذا ما يتلفه الحربيون علينا وما يتلفه العبد على سيده ، وما لو أتلف العبد المرتدّ والمحارب وتارك الصلاة والحيوان الصائل بقتله بيد مالكه ، ولو دخل دكان حدّاد وهو يطرق الحديد فطارت شرارة ، فأحرقت ثوبه كان هدراً ، وإن دخل بإذن الحداد ، وخرج بالإتلاف التلف فلا يضمنه ، كما لو سخر دابة ومعها مالكها فتلفت لا يضمنها كما قاله في كتاب الإجارة إلا إذا كان السبب منه ، كما لو اكترى لحمل مائة فحملت زيادة عليها وتلفت بذلك وصاحبها معها فإنه يضمن قسط الزيادة ، وسيأتي بسط ذلك في باب الإجارة إن شاء الله تعالى . ثم شرع في الثاني : وهو السبب ، فقال : (**ولو فتح رأس زقّ**) بكسر الزاي وهو السقاء (**مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح**) ، وتلف (**أو**) زقّ (**منصوب فسقط بالفتح**) لتحريكه الوكاء وجذبه (**وخرج ما فيه**) ، وتلف أو بتقاطر ماء فيه وابتلال أسفله به ، ولو كان التقاطر بإذابة شمس أو حرارة أو ريح مع مرور الزمان ، فسال ما فيه وتلف (**ضمن**) ؛ لأنه باشر الإتلاف في الأوّلين والإتلاف ناشىء عن فعله في الباقي سواء أحضر المالك ، وأمكنه التدارك فلم يفعل أم لا كما لو قتل عبده أو حرق ثوبه ، وأمكن الدفع فلم يفعل كما ذكره القمولي ، واحترز بقوله : فخرج ما فيه بالفتح عما إذا كان جامداً ، فخرج بتقريب نار إليه ، فإن الأصحّ أن الضمان على المقرب (**وإن سقط**) الزقّ بعد فتحه له (**بعارض ريح**) أو نحوها كزلزلة ووقوع طائر أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه كما جزم به الماوردي وغيره (**لم يضمن**) ؛ لأن التلف لم يحصل بفعله ، وليس فعله في الأولى مما يقصد به تحصيل ذلك العار ، وللشكّ في الموجب في الثانية ، وفارق حكم الأولى إذابة الشمس بأن طلوع الشمس محقق فلذلك قد يقصده الفاتح بخلاف الرّيح .

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ ضَمِنَهُ ، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الحَالِ ضَمِنَ ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا ،

تنبيه : أفهم كلامه أن الرّيح لو كانت هابة عند الفتح ضمن وهو الظاهر كما يؤخذ من الفرق المذكور ومن تفرقتهم بين المقارن والعارض ، فيما إذا أوقد ناراً في أرضه فحملها الرّيح إلى أرض غيره فأتلفت شيئاً ، ولو قلب الزقّ غير الفاتح فخرج ما فيه ضمنه دون الفاتح ، ولو أزال ورق العنب ففسدت عناقيده بالشمس ضمنه ، أو ذبح شاة رجل ، فهلكت سخلتها أو حمامة فهلك فرخها ضمنها لفقد ما يعيشان به . فإن قيل : لو حبس المالك على ماشيته ولو ظلماً فهلكت لم يضمنها ، فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن التالف هنا جزء أو كالجزء من المذبوح بخلاف الماشية مع مالكها ، وبأنه هنا أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمّه بخلافه ثم ، ولو أراد سوق الماء إلى النحل أو الزرع ، فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت لم يضمن كما في زوائد الرّوضة كما لو حبس المالك عن الماشية خلافاً لما صححه في الأنوار من الضمان . ولو حلّ رباط سفينة فغرقت بحله ضمنها أو بعارض ريح أو نحوه فلا لما مرّ ، فإن لم يظهر حادث فوجهان : أوجههما كما قاله الزركشي عدم الضمان للشكّ في الموجب كما مرّ **(ولو فتح قفصاً عن طائر وهيجه فطار)** في الحال **(ضمنه)** بالإجماع كما قاله الماوردي ؛ لأنه ألجأه إلى الفرار كإكراه الآدميّ **(وإن اقتصر على الفتح ، فالأظهر أنه إذا طار في الحال ضمن)** ؛ لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره **(وإن وقف ثم طار فلا)** يضمنه ؛ لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره . والثاني : يضمنه مطلقاً ؛ لأنه لو لم يفتح لم يطر . والثالث : لا يضمن مطلقاً ؛ لأن له قصداً واختياراً ، والفاتح متسبب ، والطائر مباشر ، والمباشرة مقدّمة على السبب ، ويجري الخلاف فيما لو حلّ رباط بهيمة أو فتح باباً فخرجت وضاعت ، وفيما لو حلّ قيد رقيق مجنون أو فتح عليه الباب ، بخلاف الرّقيق العاقل ولو كان آبقاً ؛ لأنه صحيح الاختيار ، فخروجه عقب ما ذكر يحال عليه ، ولو أخذته هرّة بمجرّد الفتح وقتلته وإن لم تدخل القفص، أو لم يعهد ذلك منها كما بحثه شيخنا أو طار فصدم جداراً فمات أو كسر في خروجه قارورة أو القفص، ضمن ذلك، لأنه ناشىء من فعله؛ ولأن فعله في الأولى بمعنى إغراء الهرّة، وقضية هذا التعليل أن محلّ ذلك فيما إذا كانت الهرّة حاضرة وإلا فلا ضمان كعروض ريح بعد فتح الزقّ، ولو كان الطائر في أقصى القفص فأخذ يمشي قليلاً قليلاً، ثم طار فكطيرانه في الحال كما قاله القاضي. قال: ولو كان القفص مفتوحاً فمشى إنسان على بابه ففزع الطائر وخرج ضمنه، ولو أمر طفلاً أو

وَالأَيْـدِي المُتَرَتِّبَـةُ عَلَى يَدِ الْغَـاصِبِ أَيْدِي ضَمَـانٍ ، وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَصْبَ ،

مجنوناً بإرسال طائر في يده فأرسله فهو كفتح القفص عنه كما قاله الماوردي والرُّوياني .

فـروع : لو حلّ رباطاً عن علف في وعاء فأكلته في الحال بهيمـة ضمن . فإن قيـل : قد صرّح الماوردي ، بأنه لو حلّ رباط بهيمـة ، فأكلت علفـاً أو كسرت إنـاء لم يضمن سواء اتصل ذلك بالحلّ أم لا ، فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأنه إنما لم يضمن في تلك ؛ لأنـه لم يتصرّف في التالف بل في المتلف عكس ما هنـا ، ولو خـرجت البهيمة عقب فتـح الباب ليلاً فأتلفت زرعاً أو غيره لم يضمنه الفاتح ، كما جزم به ابن المقري خلافاً لما في الأنوار ، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن ذلك ، ولو وقف طائـر على جداره فنفـره لم يضمنه ؛ لأن له منعه من جداره ، وإن رماه في الهواء ولو في هواء داره فقتله ضمنه ، إذ ليس لـه منعه من هواء داره ، ولو فتح الحرز فأخذ غيره ما فيه أو دلّ عليه اللصوص ، فلا ضمان عليه ، إذ لم تثبت يده على المال وتسببه بالفتح في الأولى قد انقطع بالمباشرة . نعم لو أخذه غيـره بأمـره وهو أعجميّ أو ممن يرى طـاعة آمره فعليه الضمـان لا على الآخذ ، ولـو بنى داراً ، فألقت الرّيح فيها ثوباً وضاع لم يضمنه ؛ لأنه لم يستول عليه .

تنبيـه : كـان الأولى أن يقـول المصنف عن طيـر بـلا إلف ، إذ هـو غيـر طـائـر في القفص ، وقد آعترض المصنف في نكته على التنبيه بذلك . وأجيب بأن الذي قاله جمهـور أهل اللغة : أن الطائر مفرد ، والجمع طير **(والأيدي المترتبة على يـد الغاصب أيـدي ضمان وإن جهل صاحبها)** أي : الأيدي (الغصب) وكانت أيدي أمـانة ؛ لأنـه وضع يـده على ملك غيره بغير إذنه ، والجهل ليس مسقطاً للضمان بل للإثم فيطالب المالك مَن شاء منهما . نعم يستثنى الحاكم وأمينه فإنهما لا يضمنان بوضع اليد على وجـه الحفظ والمصلحة للمغصـوب منه ، ومَن انتزع المغصوب ليردّه لمالكه إن كان الغاصب حـربياً ورقيقـاً للمالـك لا غيرهمـا وإن كان معرّضاً للضياع كما في الروضة وأصلها في باب اللقطة خلافاً للسبكي فيمـا إذا كان معرّضاً للضياع .

تنبيـه : قد يفهم كلام المصنف أنه لو زوّج الغاصب المغصوبة وهلكت عند الزوج أن الزوج يطالب بقيمتها ، والمذهب ، أنه لا يطالب بها بخلاف المـودع ؛ لأن كونهـا في حبال الزوج ليس كحلول المال في اليد ، وينبغي كما قاله الـزركشي تخصيصه بمـا إذا تلفت بغير الولادة وإلا فيضمنها كما لو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة فإنه يضمنها على الأصح كما

ثُمَّ إنْ عَلِمَ فَكغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ ، وَكَذَا إنْ جَهِلَ وَكانَتْ يَدُهُ في أَصْلِهَا يَدَ ضَمانٍ كالْعَارِيَةِ ، وَإنْ كانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَمَتَى أَتْلَفَ الآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلاًّ بِهِ فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقاً ، وَإنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ

قاله الرّافعي في الرّهن (ثم إن علم) مَن ترتبت يده على يد الغاصب الغصب (فكغاصب من غاصب) حكمه (فيستقرّ عليه ضمان ما تلف عنده) ؛ لأن حدّ الغصب صادق عليه ، ويطالب بكل ما يطالب به الغاصب ، ولا يرجع على الأوّل إن غرم ، ويرجع عليه الأوّل إن غرم . نعم إن كانت القيمة في يد الأوّل أكثر فالمطالب بالزيادة هو الأوّل خاصة ، وإليه أشار المصنف بقوله : فيستقرّ عليه ضمان ما تلف عنده .

تنبيه : لو أبرأ المالك الغاصب الأوّل لا يبرأ الثاني ، وإن أبرأ الثاني برىء الأوّل ؛ لأن الثاني هو الذي يتقرّر عليه الضمان ، والأوّل كالضامن عنه قاله القفال في فتاويه (وكذا) يستقرّ على مَن ترتبت يده على يد الغاصب (إن جهل) الغصب (وكانت يده في أصلها يد ضمان كالعارية) ، والبيع والقرض والسوم ، لأنه دخل على الضمان ، فلم يغرّه الغاصب (وإن) جهل و (كانت) يده (يد أمانة) بلا اتهاب (كوديعة) وقِراض (فالقرار على الغاصب) دونه ؛ لأنه دخل على أن يده نائبة عن يد الغاصب لكنه طريق في الضمان ، فإن غرم الغاصب لم يرجع على الأمين وإن غرم هو رجع على الغاصب ، ومثله ما لو صال المغصوب على شخص فأتلفه ، فلو كان هو المالك لم يبرأ الغاصب . أما لو وهب الغاصب المغصوب من شخص فقرار الضمان على الموهوب له على الأظهر ؛ لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان إلا إن أخذه للتملك ، ولو ضاع المغصوب من الغاصب فالتقطه إنسان جاهل بحاله ، فإن أخذه للحفظ أو مطلقاً فهو أمانة ، وكذا إن أخذه للتملك ولم يتملك ، فإن تملكه صارت يده يد ضمان (ومتى أتلف الآخذ من الغاصب مستقلاً به) أي الإتلاف ، وهو من أهل الضمان (فالقرار عليه مطلقاً) ، أي سواء كانت يده يد ضمان أو أمانة ؛ لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية .

تنبيه : احترز بقوله : مستقلاً عما إذا حمله الغاصب عليه ، وفيه تفصيل ، وهو إن كان لغرض الغاصب كذبح الشاة وطحن الحنطة ، فالقرار على الغاصب أولاً لغرض كإتلاف المال فعلى المتلف ؛ لأنه حرام ، أو لغرض المتلف فقد ذكره بقوله (وإن حمله الغاصب

عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَاماً مَغْصُوباً ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الأَظْهَرِ،وَعَلَى هٰذَا لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ بَرِىءَ الْغَاصِبُ .

عليه بأن قدّم له طعاماً مغصوباً ضيافة ، فأكله فكذا) القرار على الآكل **(في الأظهر)** ؛ لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة . والثاني أن القرار على الغاصب ؛ لأنه غرّ الآكل ، وعلى الأول لو قال : هو ملكي فالقرار على الآكل أيضاً فلا يرجع بما غرمه على الغاصب ، لكن بهذه المقالة إن غرم الغاصب لم يرجع على الآكل ؛ لأن دعواه الملك اعتراف منه ، بأن المالك ظلمه بتغريمه ، ولا يرجع على غير من ظلمه ، وإذا قدّمه لعبد ولو بإذن مالكه فالأكل جناية منه يباع فيها لتعلق موجبها برقبته ، فلو غرم الغاصب رجع على قيمة العبد ، بخلاف ما لو قدّمه لبهيمة ، فأكلته وغرم الغاصب فإنه لا يرجع على المالك إن لم يأذن وإلا رجع عليه **(وعلى هذا)** أي الأظهر في أكل الضيف **(لو قدّمه)** أي الغاصب **(لمالكه)** أو لم يقدّمه له **(فأكله)** جاهلاً بأنه له **(برىء الغاصب)** ؛ لأنه باشر إتلاف ماله باختياره ، وعلى الثاني : لا يبرأ لجهل المالك به . أما إذا كان عالماً بأنه له ، فإن الغاصب يبرأ قطعاً .

تنبيه : إنما يبرأ الغاصب بذلك إذا لم يعدّ المغصوب هالكاً كالهريسة ، وإلا فلا يبرأ ؛ لأن الغاصب يملكه في هذه الحالة ، فهو إنما أكل مال الغاصب فيلزم الغاصب البدل للمالك ، ولهذا قال الزبيري : لو غصب سمناً وعسلاً ودقيقاً وصنعه حلواً وقدّمه لمالكه فأكله لم يبرأ قطعاً ؛ لأنه بالخلط صار كالتالف ، وانتقل الحق إلى القيمة ، ولا تسقط عندنا ببذل غيرها إلا برضا مستحقها ، ولو مع العلم بذلك اهـ ويبرأ الغاصب أيضاً بإعارته أو بيعه أو إقراضه للمالك ولو جاهلاً بأنه له ؛ لأنه باشر أخذ ماله باختياره لا بإيداعه ورهنه ، وإجارته وتزويجه منه والقراض معه فيه جاهلاً بأنه له ؛ لأن التسلط فيها غير تامّ بخلاف ما إذا كان عالماً ، والتزويج شامل للذكر والأنثى . ومحله في الأنثى ما لم يستولدها ، فإن استولدها : أي وتسلمها برىء الغاصب ، ولو قال الغاصب للمالك أعتقه أو أعتقه عنك فأعتقه ، ولو جاهلاً بأنه له عتق وبرىء الغاصب كما رجحه ابن المقري ، وصرّح به السبكي ، ويقع العتق عن المالك ، لا عن الغاصب على الصحيح في أصل الرّوضة ، والأوجه معنى كما قال شيخنا : انه يقع عن الغاصب ، ويكون ذلك بيعاً ضمنا إن ذكر عوضاً وإلا فهبة بناء على صحة البيع فيما لو باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

فصـــل

تُضْمَنُ نَفْسُ الـرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ تَحْتَ يَـدٍ عَـادِيَـةٍ ، وَأَبْعَـاضُـهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ ، وَكَذَا المُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ ، وَإِنْ أُتْلِفَتْ فَكَذَا في الْقَدِيمِ ، وَعَلَى الجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ ، وَالْقِيمَةُ فيهِ كالدِّيَةِ في الحُرِّ ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ ،

فصـــل

في بيان ما يضمن به المغصوب وغيره (**تضمن نفس الرقيق**) المغصوب (**بقيمته**) بـالغة ما بلغت ، ولو زادت على دية الحرّ كسائر الأموال (**تلف**) بجنايـة (**أو أتلف تحت يد عـادية**) بتخفيف الياء تأنيث عاد بمعنى متعدّ لأنه مال متقوّم فوجبت قيمته كسائر الأموال المتقوّمة .

تنبيـه : لـو قال تحت يـد ضامنـة بدل عـادية لكـان أولى ليشمـل المستـام والمستعيـر وغيرهما ، ويخرج الحربيّ وعبد المالـك ، وقد يقـال : إنه لمـا كان البـاب معقوداً للتعـدي اختار التعبير بـالعاديـة (**و**) تضمن (**أبعاضـه التي لا يتقدر أرشهـا من الحرّ**) كـالبكارة وجـرح البدن والهزال (**بما نقص من قيمته**) بالإجماع تلف أو أتلف كما في سائر الحيوانات .

تنبيـه : استثنى المتولي ما إذا كانت الجناية ، فيما يتقدر كاليد وكان النـاقص أكثر من مقدره أو مثله ، فلا نوجب جميعه؛ لأنـه يؤدّي إلى أن يزيـد على موجب الجنـاية أو يسـاويه بإدخال خلل في العضو على نفس العضو . لكن الحاكم يوجب فيه حكومـة باجتهـاده . قال البلقيني : وهـذا تفصيل لا بـد منـه ، وإطـلاق مَن أطلق محمـول عليـه اهـ وهـذا كمـا قـال شيخنا ، إنما يأتي في غير الغاصب . أما فيه فيضمن بالنقص مـطلقاً ، والكـلام إنما هـو فيه (**وكـذا**) تضمن الأبعاض (**المقـدرة**) كاليـد والـرجـل بمـا نقص من قيمتـه (**إن تلفت**) بـآفـة سماوية ؛ لأن الساقط من غير جناية لا يتعلق بـه قصاص ولا كفـارة ولا يضرب على العـاقلة فأشبه الأموال .

تنبيـه : أفهم قوله بما نقص من قيمته أنه لو لم تنقص القيمة كما لو سقط ذكره وأنثيـاه كما هو الغالب من عدم تنقيص القيمة لم يلزمه شيء قطعاً وهو كذلـك (**وإن أتلفت**) بجنايـة (**فكـذا**) تضمن بما نقص من قيمتـه (**في القديم**) قيـاساً على البهيمـة ؛ لأنـه حيـوان مملوك (**وعلى الجديد تتقدر من الرقيق**) ؛ لأنه يشبه الحرّ في كثير من الأحكام (**والقيمة فيـه كالـدية في الحرّ ففي يده**) ، ولو مكاتباً أو مدبـراً أو أم ولد (**نصف قيمتـه**) هذا إذا كـان الجاني غيـر

وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ بِالْقِيمَةِ ، وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوَّمٌ ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الْمِثْلِيَّ مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ ،

الغاصب ، وإن كان في يد الغاصب كما قاله شيخنا في شرح الروض كما تضمن يد الحرّ بنصف دية ، وسيأتي بسط ذلك في آخر الديات إن شاء الله تعالى ، فإن المصنف أعادها هناك . أما الغاصب ذو اليد العادية فيلزمه أكثر الأمرين من أرشه ونصف قيمته لاجتماع الشبهين ، فلو كان الناقص بقطعها ثلثي قيمته لزماه النصف بالقطع والسدس باليد العادية ، نعم إن قطعها المالك ضمن الغاصب الزائد على النصف فقط نقله الأذرعي عن الروياني ، وقياسه أنه لو قطعها أجنبي أنه يستقرّ عليه الزائد على النصف ولو قطع الغاصب منه أصبعاً زائدة وبرىء ولم تنقص قيمته . قال ابن سريج : لا شيء عليه ، وقال أبو إسحاق: يلزمه ما نقص ويقوّم قبل البرء والدم سائل للضرورة اهـ وهذا أوجه ، ولو قطعت يده قصاصاً أو حدًّا فكالآفة كما صححه البلقيني ، والمبعض يعتبر بما فيه من الرقّ كما ذكره الماوردي ، ففي قطع يده مع ربع الدية أكثر الأمرين من ربع القيمة ونصف الأرش .

تنبيه : قد علم من كلام المصنف أن في يدي الرقيق قيمته واستثنى منها مسألة ، وهي ما إذا اشترى عبداً ثم قطع يديه في يد البائع فلا يجعل قابضاً للعبد ويجب ما نقص من قيمته ، فإنا لو أوجبنا القيمة لزم أن يجعل المشتري قابضاً للعبد والعبد المقطوع في يد البائع حكاه الإمام عن ابن سريج وقال : إنه من محاسن تفريعاته اهـ وفي هذا نظر بل يأخذه المشتري بالثمن ولا أرش له لحصول ذلك بفعله (و) يضمن (سائر) أي باقي (الحيوان) غير الآدمي (بالقيمة) تلف أو أتلف وتضمن أجزاؤه تلفت ، أو أتلفت بما نقص من قيمته ؛ لأنه مملوك لا يشبه الحرّ في أكثر أحكامه فأوجبنا فيه ما نقص قياساً على الجهاد ، ولو جنى على بهيمة حامل فألقت جنيناً حياً ثم مات من ألم الجناية فهل تجب قيمته حياً أو أكثر الأمرين من قيمته ونقص الأم بالولادة ؟ قولان في النهاية : أوجههما كما قال شيخي الثاني .

تنبيه : ما قرّرت به كلام المصنف من أن ذلك شامل للحيوان ولأجزائه تبعاً لابن النقيب أولى من اقتصار الإسنوي على أجزائه ، هذا كله في غير الغاصب . أما هو فيضمن ما ذكر بأقصى قيمة من حين الغصب إلى حين التلف ويستثنى من إطلاق المصنف قتل الصيد في الحرم ، فيضمن بمثله من النعم لأجل النصّ فيه (وغيره) أي الحيوان من الأموال قسمان (مثليّ ومتقوّم) بكسر الواو ، وقيل بفتحها ؛ لأن المال إن كان له مثل فهو المثليّ وإلا فالمتقوم (والأصح أن المثليّ ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه) ، فخرج بقيد الكيل

كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ ، لَا غَالِيَةٍ وَمَعْجُونٍ فَيُضْمَنُ المِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ

والوزن ما يعدّ كالحيوان أو يذرع كالثياب ، ويجوز السلم فيه الغالية والمعجون ونحوهما ، لأن المانع من ثبوت ذلك في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته بالتلف والإتلاف ، وشمل التعريف الرديء نوعاً . أما الرديء عيباً فليس بمثليّ ؛ لأنه لا يجوز السلم فيه . فإن قيل يرد على هذا الحد القمح المختلط بالشعير ، فإنه لا يجوز السلم فيه مع أن الواجب فيه المثل فيخرج القدر المحقق منهما . أجيب بأن إيجاب ردّ مثله لا يستلزم كونه مثلياً كما في إيجاب ردّ مثل المتقوّم في القرض ، وبأن امتناع السلم في جملته لا يوجب امتناعه في جزأيه الباقيين بحالهما وردّ المثل إنما هو بالنظر إليهما والسلم فيهما جائز . قال الزركشي : وقد يمنع ردّ مثله ؛ لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوّم للجهل بالقدر . لكن أورد عليه خلّ التمر ، فإنه متقوّم ويحصره الكيل أو الوزن ويجوز السلم فيه . ثم شرع في أمثلة يتضح بها الضابط فقال **(كماء)** قال في المطلب : بارد إذا الحارّ متقوّم لدخول النار فيه . قال الأذرعي : وهذا يطرق غيره من المائعات ، وعلى هذا فهو خارج بقولهم وجاز السلم فيه . لكن في الكفاية في باب الربا عن الإمام أنه يجوز بيع الماء المسخن بعضه ببعض اهـ وهذا هو المعتمد **(وتراب)** ورمل **(ونحاس)** بضم النون بخطه ، وحكى كسرها وحديد **(وتبر)** وهو الذهب الخارج من المعدن الخالص عن ترابه قبل أن يصنع ، وبعضهم أطلقه على الفضة أيضاً ، وأطلقه الكسائي على الحديد والنحاس **(ومسك)** وعنبر **(وكافور)** وثلج وجمد **(وقطن)** ولو بحبه كما صرّح به الرافعي في السلم . قال الإسنوي : ولم يستحضر في المطلب ما قاله الرافعي هناك ، فقال : أما قبل نزع حبه ، فالذي يظهر القطع بأنه متقوّم ، وأما الصوف فقال الشافعي : يضمن بالمثل إن كان له مثل . قيل وهذا توقف منه في أنه مثليّ أم لا ومع هذا فهو كالقطن **(وعنب)** ورطب وسائر الفواكه الرطبة على الأصح في الشرح والرّوضة وهذا هو المعتمد ، وإن صححا فيهما في باب زكاة المعشرات عن الأكثرين : أن الرطب والعنب غير مثليين ، وتقدّم الكلام عليهما هناك **(ودقيق)** ونخالة كما في فتاوى ابن الصلاح ، وكذا الحبوب الجافة والأدهان والألبان والخلول التي ليس فيها ماء والسمن والمخيض والدراهم والدنانير الخالصة والمغشوشة والمكسرة والسبيكة **(لا غالية ومعجون)** ؛ لأنهما مختلطان من أجزاء مختلفة فهما مما خرج بقيد جواز السلم **(فيضمن المثليّ بمثله)** ؛ لأنه أقرب إلى حقه ؛ ولأن المثل كالنص ؛ لأنه

تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ ، فَـإِنْ تَعَـذَّرَ

محسوس والقيمة كالاجتهاد (تلف أو أتلف) زاد في المحرّر تحت اليد العادية لقـوله لهـا في أوّل الفصل فحذفها المصنف فورد عليـه المستعير والمستـام فإنهمـا يضمنان المثليّ بـالقيمة كما تقدّم التنبيه عليه في المستعير فكان الأحسن ذكره هنا وحذفه هناك . لكن لما كان كلامه في الغصب استغنى عن ذلك .

تنبيـه : استثنى من ذلك مسائل : إحداها إذا خرج المثليّ عن أن يكون له قيمـة كمن غصب جمداً في الصيف أو ماء في مفازة وتلف أو أتلفه هناك بلا غصب ثم ٱجتمـع المالـك والغاصب أو المتلف في الشتاء في الأولى أو على نهر في الثانية لزمه قيمة المثل في الصيف في الأولى وفي مثـل تلك المفازة في الثـانيـة . ثم إذا ٱجتمعـا في الصيف أو في مثـل تلك المفازة فلا تراد . ثانيها : لو غصب مثلياً له مؤنة كأن نقل المالك برًّا من مصر إلى مكة ، ثم غصبه شخص هناك ثم طالبه مالكه به في مصر فـإنه يلزمـه قيمته بمكـة كما أفتى بـه شيخي لأجل المؤنة . ثالثهـا لو صار المثليّ متقوّماً كجعله الدقيق خبزاً أو صار المتقـوّم مثلياً كجعله الشاة لحماً أو صار المثليّ مثلياً آخر كجعله السمسم شيرجاً ثم تلف عنده أخذ المالك المثل في الثلاثة مخيـراً في الثالث منهـا بين المثلين إلا أن يكون الآخـر أكثر قيمـة فيؤخذ هـو في الثالث وقيمته في الأوّلين وهذا محل الاستثناء . أما لو صار المتقوّم متقوّمـاً آخر كحلي صيـغ من إنـاء غير ذهب ولا فضـة فيجب فيه أقصى القيم كمـا يعلم ممـا يـأتي في غيـر المثلي . رابعها : لو تراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل جاز في أحـد وجهين ، قطع بـه المتولي وهو المعتمد كما رجحه ابن المقـري ، فعلى هذا لا يتعين ضمـان المثليّ بالمثـل إلا إذا لم يرض مالكه بأخذ القيمة ، خامسها : لو غصب مثلياً وتلف ، ثم ظفـر بالغـاصب في غير بلد التلف على ما سيأتي . سادسها : إذا وجـده بأكثـر من ثمن مثله ؛ لأن وجوده بـأكثر من ثمن مثله كالمعدوم ، ولو غصب حلياً من ذهب وزنه عشرة دنانير مثلاً وقيمته عشرون ديناراً وتلف ضمن التبر بمثله ؛ لأنه مثليّ كما مر ، والصنعـة بقيمتها ؛ لأنهـا متقوّمـة من نقد البلد ، وإن كـان من جنس الحليّ ولا ربا لاختصـاصه بـالعقود ، وهـذا مـا نقله في أصـل الـروضـة عن البغوي ، وجرى عليه ابن المقري ، ويوافقه ما سيأتي في الدعوى ، ونقل في أصل الرّوضة أيضاً عن الجمهور أنه يضمن الجميع بنقد البلد ، والأوّل أوجه ، فإن كانت الصنعـة محرمـة كالإناء من أحد النقدين ضمنه بمثله وزناً كالسبيكة وغيرها مما لا صنعة فيه كالتبر . سابعها : إذا تعذر المثل كما قال (فإن تعذر) المثل بأن لم يوجد بمحل الغصب ، ولا حولـه فيما دون

فَـالْقِيمَةُ ، وَالأَصَـحُّ أَنَّ المُعْتَبَرَ أَقْصى قِيَمِـهِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ المِثْـلِ ، وَلَوْ نَقَـلَ المَغْصُوبَ المِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَـرَ فَلِلْمَالِـكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ وَأَنْ يُـطَالِبَهُ بِـالْقِيمَـةِ في الحَـالِ ،

مسافة القصر كما في السلم ، أو منعه من الوصول إليه مانع **(فالقيمة)** ؛ لأنه لما تعـذر المثل أشبه ما لا مثل له بالكلية ، ولو وجد المثل بعد أخـذ القيمة فليس لأحـدهما ردّهـا وطلبه في الأصح كما اقتضاه كلام الشرح والروضة وإن مال السبكي إلى مقـابله ، وللمغصوب منـه أن يصبر حتى يوجد المثل ولا يكلف أخذ القيمة ؛ لأنها لم تتعين بخلاف غيرها من الـديون إذا دفعها وهي في ذمته وامتنع صاحب الحق من قبضهـا حيث يجبر **(والأصـح أن المعتبر أقصى قيمه)** بفتح الياء وكسر الميم جمع قيمة بسكون الياء **(من وقت الغصب إلى تعـذر المثل)** أي إذا كان المثل موجوداً عند التلف فلم يسلمه حتى فقده كما صـرّح به في المحـرّر ، والمراد أقصى قيم المثـل كما صححـه السبكي ، كمـا هـو ظـاهـر كـلام الأصحـاب خـلافـاً لبعض المتأخرين القائل بأن المراد المغصوب ؛ لأن المغصوب بعـد تلفه لا تعتبـر الزيـادة الحاصلة فيـه بعد التلف ؛ لأن وجـود المثل كبقـاء عين المغصوب ؛ لأنـه كان مـأموراً بـردّه كما كـان مأموراً بردّ المغصوب ، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمه . أما إذا كان المثل مفقوداً عند التلف فالأصح وجود الأكثر من الغصب إلى التلف كما قالـه الشيخان . ومقـابل الأصـح أحد عشـر وجهـاً : قيل قيمـة يوم المـطالبة ، وقيـل : يوم التلف ، وقيـل : يوم فقـد المثل **(ولـو نقـل المغصوب المثلي إلى بلد آخر فللمـالك أن يكلفـه ردّه)** إلى بلده إذا علم مكانـه ليردّه كمـا أخذه **(و)** له **(أن يطالبه)** مع ذلك كمـا نبّه عليـه الإسنوي **(بـالقيمة في الحـال)** أي قبل الـردّ للحيلولة بينه وبين ملكه إن كان بمسافة بعيـدة وإلا فلا يـطالب إلا بالـرد ، قالـه الماوردي ، وهذا كما قال الأذرعي فيما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه ، وإلا فالوجـه عدم الفـرق بين المسـافتين . فإن قيـل : في عبارة المصنف تكـرار ، فـإنّ هـذا داخـل في قـولـه وعلى الغاصب الردّ ، فـإن هذه بعض تلك فـإن تلك أعمّ من المثلى ومن المتقوّم المستقـرّ في بلد الغاصب والمنقول عنه بنقل الغاصب أو بغيره . أجيب بأنه إنما ذكره هنا لأنه لـو اقتصر على أن له المطالبة بالقيمة في الحال لتوهم أنه ليس لـه سوى ذلـك مع أن لـه الجمع بينهمـا كما تقـرّر ، وإنما لم يغـرم المثل في المثلي كمـا قال الإسنـوي : إنه القيـاس ؛ لأنـه لا بـدّ من التـرادّ ، فقد يـرتفع السعـر وينخفص فيلزم الضرر والقيمـة شيء واحد وهـذه القيمة يملكهـا الآخذ على الأصح وإلا لما سدّت مسدّ المغصوب وهو كملك القرض كما صرّح به القاضي

فَإِذَا رَدَّهُ رَدَّهَا،فَإِنْ تَلِفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ ،

حسين والإمام لأنه ينتفع به على حكم ردّه أو بدله عند رد العين ، وليس لنا موضع يجتمع فيه ملك البدل والمبدل على المذهب إلا هذه ، والقيمة الواجبة أقصى القيم من الغصب إلى الطلب ، فقول المصنف في الحال متعلق بقوله يطالبه لا بالقيمة . وينبغي كما قال الإسنوي إذا زادت القيمة بعد هذا أن يطالب ؛ لأنه باق على ملكه .

تنبيه : قول المصنف إلى بلد آخر يفهم أن النقل إلى دار أخرى بالبلد لا يسلط على طلب القيمة ، وهو ظاهر إذا أمكنه إحضاره في الحال وإلا كان له ذلك كما قاله الأذرعي (فإذا ردّه) أي المغصوب (ردّها) أي القيمة إن كانت باقية وإلا فبدلها لزوال الحيلولة ، ويجب على الغاصب ردّ المغصوب إذا عاد بعد أخذ القيمة واسترجاع القيمة جزماً ، بخلاف ما لو غرم القيمة لإعزاز المثل ثم وجد المثل ، فإنه لا يردّ على الأصح ، والفرق أن المغصوب عين حقه والمثل بدل حقه ، ولا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه تمكينه من الرجوع إلى بدل حقه ، فإن اتفقا على ترك التراد فلا بدّ من بيع بشروطه ، ويجب على الغاصب أجرة المغصوب إلى وصوله للمالك ولو أعطى القيمة للحيلولة ، وكذا حكم ضمان زوائده وأرش جنايته ، وليس للمغصوب منه إمساك الدراهم المبدولة ، إذا كانت باقية وغرامة مثلها كما في زوائد الروضة لما مرّ أنها كالقرض فيردّها بزوائدها المتصلة دون المنفصلة ، ويتصوّر زيادتها بأن يدفع عنها حيواناً فينتج أو شجرة فتثمر كما قاله العمراني ، أو بأن يكون ببلد يتعامل أهله بالحيوان كما قاله بعضهم .

تنبيه : قضية كلام المصنف أنه لا يستردّ القيمة إلا إذا ردّ العين ، واستثنى من ذلك ما لو أخذ السيد قيمة أمّ الولد للحيلولة ثم مات السيد قبل ردّها فإن الغاصب يسترد القيمة كما قاله في المطلب ، ويلتحق بذلك ما لو أعتقها أو أعتق العبد المغصوب ، ويفهم من قول المصنف : فإذا ردّه ردّها أنه ليس للغاصب حبس المغصوب ، لاسترداد القيمة ، وهو كذلك وإن حكى القاضي حسين عن النصّ أن له ذلك (**فإن تلف**) المغصوب المثلي (**في البلد المنقول إليه طالبه بالمثل**) ، حيث ظفر به (**في أيّ البلدين**) شاء ؛ لأنه كان له مطالبته بردّ العين فيهما ، ويؤخذ من ذلك كما قال الإسنوي أن له المطالبة في أيّ موضع أراد من المواضع ، التي وصل إليها في طريقه بين البلدين .

تنبيه : قول المصنف في البلد المنقول إليه ليس بقيد فإنه لو أعاده الغاصب إلى بلد

فَإنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً ، وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ في غَيْرِ بَلَدِ التَّلَفِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إنْ كانَ لاَ مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كالنَّقْدِ فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالمِثْلِ وَإلاَّ فَلاَ مُطَالَبَةَ بِالمِثْلِ بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ التَّلَفِ،وَأَمَّا الْمُتَقَوَّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَصْبِ إلَى التَّلَفِ،

الغصب فتلف فيه لم يسقط التخيير (**فإن فقد المثل**) حساً بأن لم يوجد ، أو شرعاً بأن منع من الوصول إليه مانع ، أو وجد بزيادة على ثمن مثله (**غرّمه**) المالك (**قيمة أكثر البلدين قيمة**) ؛ لأنه كان يجوز له المطالبة بالمثل فيهما بل يطالبه بأكثر قيم البقاع التي وصل إليها المغصوب كما صرّح به الروياني لما ذكر (**ولو ظفر**) المالك (**بالغاصب**) للمثلي أو المتلف بغير غصب ، بأن وجده (**في غير بلد التلف**) ، والمثل موجود (**فالصحيح أنه إن كان لا مؤنة لنقله كالنقد**) اليسير (**فله مطالبته بالمثل**) إذ لا ضرر على واحد منهما في ذلك (**وإلا**) بأن كان لنقله مؤنة (**فلا مطالبة**) له (**بالمثل**) ولا للغاصب أو المتلف أيضاً تكليفه قبوله بما فيه من المؤنة والضرر (**بل يغرمه قيمة بلد التلف**) لأن تعذر الرجوع إلى المثل كالانقطاع . والثاني له المطالبة بالمثل مطلقاً ، كما لو أتلف مثلياً في وقت الرخص له طلبه في وقت الغلاء . والثالث إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التالف أو أقلّ طالبه بالمثل وإلا فلا ، ونقله الإسنوي عن جمع كثير .

تنبيه : اقتصار المصنف على قيمة بلد التلف محله إذا لم ينقل المغصوب عن موضعه ، فإن نقل فقد مرّ أنه يجب أكثر البقاع قيمة ولو تراضيا على المثل . قال في أصل الروضة : لم يكن له تكليفه مؤنة النقل ، ولو أخذ المثل على أن يغرم له مؤنة النقل لم يجز كما قاله البغوي ، ولو ظفر بالمتلف الذي ليس بغاصب في غير مكان التلف فحكمه حكم الغاصب فيما ذكره المصنف . ثم لما فرغ من ذكر المثلي شرع في ذكر المتقوّم فقال : (**وأما**) المغصوب (**المتقوّم فيضمن بأقصى قيمه من**) وقت (**الغصب إلى**) وقت (**التلف**) ؛ لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالردّ ، فإذا لم يردّ ضمن بدله ، بخلاف ما لو ردّه بعد الرخص فإنه لا يضمن شيئاً ؛ لأنه مع بقاء العين يمكن توقع الزيادة في المستقبل ، فلم تفت بالكلية ولا فرق في اختلاف القيمة بين تغير السعر أو تغير المغصوب في نفسه ، ولا عبرة بالزيادة بعد التلف ، وإنما تجب القيمة من نقد بلد التلف ، كذا قالاه ، وهو محمول كما قال الإسنوي على ما إذا لم ينقله وإلا فيتجه كما في الكفاية اعتبار البلد الذي تعتبر القيمة فيه ، وهو أكثر البلدين قيمة كما مرّ في المثلي ، وفي البحر عن والده ما يقاربه .

وَفي الإِتْـلاَفِ بِـلاَ غَصْبٍ بِقِيمَـةِ يَـوْمِ التَّلَفِ،فَـإِنْ جَنَى وتَلِفَ بِسرَايَةٍ فَـالْوَاجِبُ الأَقْصَى أَيْضـاً ، وَلاَ تُضْمَنُ الخَمْرُ وَلاَ تُـرَاقُ عَلَى ذِمِّيّ إلاَّ أَنْ يُظْهِـرَ شُـرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَـا ،

تنبيه : يستثنى من ضمان المتقوّم بالقيمة ما لو تلف المال الزكوي في يده بعد الحول بلا عذر فإنه يضمنه بالمثل الصوري وإن قلنا الزكاة تتعلق بالعين تعلق شركة ؛ لأنـه لو فعـل ذلـك مع بقـاء المال لأجـزأه فتعين عند عـدمه ، حكـاه في الكفايـة في قسم الصدقـات عن الأصحاب ، والعبرة بالنقد الغالب ، فإن غلب نقدان وتساويـا عين القاضي واحـداً كما قـاله الرافعي في كتاب البيع (**وفي الإتلاف**) للمتقوّم (**بلا غصب**) يضمن (**بقيمة يوم التلف**) ؛ لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك وما بعده فلا وجود له ، وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف ، إلا إذا كان لا يصلح كالمفازة فيعتبر بأقرب البلاد كما في الكـافي (**فإن**) نقص كـأن (**جنى**) على متقـوّم بيد مـالكه ، أو مَن يخلفـه في اليد وقيمتـه مائـة (**وتلف**) بعد ذلـك (**بسرايـة**) وقيمتـه خمسون (**فالواجب الأقصى أيضاً**) وهـو المائـة ؛ لأنا إذا اعتبـرنا الأقصى في اليـد العاديـة ؛ فلأن يعتبر في نفس الإتلاف أولى (**ولا تضمن الخمر**) سواء أكانت لمسلم أم لغيـره محترمـة أم لا إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسـة ، والنبيذ كـالخمر مـع أن اسمها لا يتناوله عند الأكثرين ، ولكن لا يريقه إلا بأمر حاكم مجتهد يرى ذلك كما قاله الماوردي لئـلا يتوجه عليه الغرم ، فإنه عند أبي حنيفة مـال ، والحاكم المقلد الـذي يرى إراقتـه كالمجتهـد في ذلك . قال الأذرعي : وكأن الكلام مفروض ، فيما إذا كان المتجاهـر به مستحله مـذهباً أو تقليداً . أما إذا كان ممن يرى تحريمه ، فالظاهـر أنه في حقـه كالخمـر المجمع عليهـا ، وهل العامي الذي لا يتبع مذهباً كهذا أو يصرف لمستبيح ؟ فيه احتمـال اهـ . واعترض بـأن توقي الغرم عند مَن يراه لا فرق فيه بين مَن يعتقد تحريمه وغيره ، فلا وجه لمـا قالـه ، وذكر المصنف في الـدقائق أن الحشيشـة مسكرة ، وعلى هـذا فيتجه كمـا قال الإسنـوي إلحاقهـا بـالخمر ، ولا ضمـان في المتنجس من المائـع في أحد وجهين يـظهر تـرجيحه لعـدم صحة بيعه . وأما إنـاء الخمر ونحـوه فيجوز كسـره إذا لم يقدر على الإراقـة إلا به ، أو كـان الإناء ضيق الرأس ، ولو اشتغل بإراقته أدركه الفسّاق ومنعوه ، أو كان يضيع زمانه ويتعـطل شغله ، ذكره الغزالي ، وللولاة كسر آنية الخمر والنبيذ زجراً وتأديباً دون الآحاد ، وقـد فعل ذلـك في زمنـه ﷺ . قال الإسنـوي : وهو من النفـائس المهمات (**ولا تـراق**) الخمـر ونحـوهـا (**على ذمي**) ؛ لأنهـم يقرّون على الانتفاع بها كما قاله في الكفاية (**إلا أن يظهر شـربها أو بيعهـا**) أو

وَتُرَدُّ عَلَيْـهِ إنْ بَقِيَتِ الْعَيْنُ وكَذَا المُحْتَـرَمَةُ إذَا غُصِبَتْ منْ مُسْلِمٍ . وَالأَصْنَامُ وَآلاَتُ المَلاَهِي لاَ يَجِبُ في إبْـطَالِهَا شَيْءٌ، وَالأَصَـحُّ أَنَّهَا لاَ تُكْسَـرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ ،

غيرهما كهبتها ولو من مثله فتراق عليه ؛ لأن في إظهار ذلك آستهانة بالإسلام كإظهارهم كفرهم والإظهار هو الاطلاع عليه من غير تجسس ، والخنزير كالخمر في ذلك . هذا إذا كانوا بين أظهرنا ، فإن انفردوا بقرية مثلاً فلا يعترض عليهم إذا تظاهروا بالخمر ونحوها كما سيأتي بسط ذلك ، إن شاء الله تعالى في كتاب الجزية **(وتردّ عليه)** إذا لم يظهرها وجوباً **(إن بقيت العين)** لما سبق من تقريرهم عليها ، والمؤنة على الآخذ في الأصحّ ، في الشرح والرّوضة في باب الجزية ، فهو مستثنى من قاعدة مَن لا يضمن العين لا يضمن ردّها . قال في الأمّ : ومَن تعرض لهم زجر ، فإن عاد أدّب **(وكذا)** تردّ الخمرة **(المحترمة)** إن بقيت وما ألحق بها **(إذا غصبت من مسلم)** عليه ؛ لأن له إمساكها لتصير خلاً . أما غير المحترمة ، فلا تردّ عليه بل تراق ، والمحترمة كما قال الرافعي هنا : هي التي عصرت من غير قصد الخمرية ، وهو أولى من قوله في الرّهن : هي التي عصرت بقصد الخلية ، فالتي عصرت بغير قصد شيء محترمة على الأوّل دون الثاني ، ومَن أظهر خمراً وزعم أنها خمر خلّ قال الإمام : لم يقبل منه . قال الأذرعي : إلا أن يكون معلوم الورع مشهور التقوى وإلا لاتخذ الفسّاق ذلك ذريعة إلى اقتناء الخمر بإظهارها ، وأنهم عصروها للخلية اهـ وهو تفصيل حسن ، وهو مأخوذ من قول الإمام ، ولو اطلعنا على خمر ومعها مخايل تشهد بأنها خمر خلّ ، فالمذهب أنا لا نتعرّض لها **(والأصنام)** والصلبان **(وآلات الملاهي)** كالطنبور **(لا يجب في إبطالها شيء)** ؛ لأن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء ، وقضية التعليل كما قال الإسنوي : إن ما جاز من آلات اللهو كالدفّ يجب الأرش على كاسره وفي أواني الذهب والفضة خلاف مبنيّ على حلّ الاتخاذ ، **(والأصحّ أنها لا تكسر الكسر الفاحش)** ، لإمكان إزالة الهيئة المحرمة مع بقاء بعض المالية . نعم للإمام ذلك زجراً وتأديباً على ما قاله الغزالي في إناء الخمر بل أولى **(بل تفصل لتعود كما قبل التأليف)** لزوال الاسم بذلك ، والثاني : لا يجب تفصيل الجميع بل بقدر ما لا يصلح للاستعمال ، ولا يكفي إزالة الأوتار فقط جزماً ، لأنها منفصلة عنها ، والثالث : تكسر حتى تنتهي إلى حدّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة لا الأولى ولا غيرها ، ولو زاد في الكسر على المشروع غرم التفاوت بينه وبين

فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هٰذَا ٱلحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ ، وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ ٱلدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ ، وَلَا تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ إِلَّا بِتَفْوِيتٍ ،

المشروع ، ولو اختلفا في الزيادة على الحدّ المشروع ، وادّعى صاحب الآلة الزيادة وأنكر المتلف قال الزركشي : ينبغي أن يصدّق صاحب الآلة كما يصدّق المالك فيما لو أراق شيئاً ، وقال المالك : كان عصيراً ، وقال المتلف : بل خمراً ، فإن المالك يصدّق بيمينه كما قاله البغوي في فتاويه ، إذ الأصل بقاء المالية **(فإن عجز المنكر)** على الأوّل **(عن رعاية هذا الحدّ)** ، أي التفصيل المذكور **(لمنع صاحب المنكر أبطله كيف تيسر)** وإن زاد على ما مرّ ، لأن صاحبه مفرط ، ولا يجوز إحراقها ما لم يتعين طريقاً للإزالة ؛ لأن رضاضها متموّل ، ويشترك في جواز إزالة المنكر الرّجل والمرأة والخُنْثَى ولو أرقاء وفسَقَة . قال الإسنوي : وفي حفظي أنه ليس للكافر إزالته ، وجزم ابن الملقن في العدّة أنه ليس للكافر ذلك ، ويشهد له قول الغزالي في الإحياء ، ومن شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : أن يكون المنكر مسلماً . قال : لأن ذلك نصرة للدّين ، فكيف يكون من غير أهله وهو جاحد لأصل الدين وعدوّ له والصبي المميز يثاب كما يثاب البالغ . قال في الإحياء : وليس لأحد منعه من إزالة سائر المنكرات كما ليس له منع البالغ ، فإنه وإن كان غير مكلف فهو من أهل القرب ، وإنما يجب على قادر مكلف ، **(وتضمن)** بأجرة المثل **(منفعة الدار والعبد ونحوهما)** من كل ما له منفعة يستأجر عليها كالكتاب والدابة والمسك **(بالتفويت)** ، كأن يطالع في الكتاب أو يركب الدابة أو يشمّ المسك **(والفوات في يد عادية)** بأن لم يفعل ذلك ولا غيره كإغلاق الدار ، لأن المنافع متقوّمة فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان ، سواء أكان مع ذلك أرش أم لا كما سيأتي ، فإن تفاوتت الأجر في مدّة ضمن كل مدّة بما يقابلها أو كان للمغصوب صنائع وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها ، وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن . أما ما لا يؤجر لكونه غير مال ككلب أو لكونه محرماً كآلات اللهو أو لغير ذلك كالحبوب فلا تضمن منفعته ، فلو اصطاد بالكلب شيئاً كان له كما لو غصب شبكة أو قسواً فاصطاد بهما ، فإن اصطاد له العبد شيئاً فالمصيد لسيده ولو كان غير مميز كما صرّح به الرّوياني ، ويضمن الغاصب أجرته في زمن صيده أيضاً **(ولا تضمن منفعة البضع)** وهو الفرج **(إلا بتفويت)** بالوطء فيضمنه بمهر المثل كما سيأتي ، ولا يضمن بالفوات ؛ لأن اليد لا تثبت عليه ، بل اليد على منفعته للمرأة بدليل أن السيد يزوّج أمته

وكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ ٱلحُرِّ في ٱلأَصَحِّ ، وَإِذَا نَقَصَ المَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ وَجَبَ الأَرْشُ مَعَ الأُجْرَةِ ، وكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ بِأَنْ بَلِيَ الثَّوْبُ في الأَصَحِّ .

فصل

ادَّعىٰ تَلَفَهُ وأَنْكَرَ المَالِكُ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ،

المغصوبة ، ولا يؤجرها ؛ لأن يد الغاصب حائلة **(وكذا)** لا تضمن **(منفعة بدن الحرّ)** إلا بالتفويت **(في الأصحّ)** فإن حبسه ولم يستوفِ منفعته لم يستحقّ شيئاً وإن كان صغيراً ؛ لأن الحرّ لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده . والثاني : أنها تضمن بالفوات أيضاً ؛ لأن منافعه تقوّم في الإجارة الفاسدة ، فأشبهت منافع الأموال وآحترز بالمنفعة عن نفس الحرّ فلا يضمن بالغصب ، وقد ذكره المصنف في باب السرقة ، فقال : ولا يضمن حرّ بيده ولو ذكره هنا كان أولى ، وعن ثياب الحرّ المستولى عليه فلا تدخل في ضمان المستولي صغيراً كان المستولى عليه أو كبيراً قوياً كان أو ضعيفاً .

تنبيه : منفعة المسجد والشارع والرّباط والمقبرة وأرض عرفات ونحوها ملحقة ببدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات . فلو شغل بقعة من المسجد بمتاعه لزمه أجرتها إن لم يغلقه وإلا لزمه أجرة الكلّ ، فإن أغلقه بلا وضع متاع ومنع الناس من الصلاة فيه فلا ضمان عليه ؛ لأن المسجد لا تثبت عليه اليد ، ومثله في ذلك البقعة **(وإذا نقص المغصوب)** عند الغاصب **(بغير استعمال)** كسقوط يد العبد بآفة وعماء **(وجب الأرش)** للنقص **(مع الأجرة)** للفوات ؛ لأن السبب مختلف ويضمن بأجرة المثل سليماً قبل النقص ومعيباً بعده **(وكذا)** يجب الأرش مع الأجرة **(لو نقص به)** أي الاستعمال **(بأن)** أي كأن **(بلي الثوب)** باللبس **(في الأصح)** ؛ لأن كلًّا منهما يجب ضمانه عند الانفراد فكذا عند الاجتماع ، والثاني : أن الواجب أكثر الأمرين من الأجرة والأرش ؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال ، وقد قوبل بالأجرة فلا يجب ضمان آخر ، ودفع بأن الأجرة في مقابلة الفوات لا الاستعمال .

فصل

في اختلاف المالك والغاصب وضمان نقص المغصوب وما يذكر معها ، لو **(ادّعى)** الغاصب **(تلفه)** أي المغصوب ولم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً كسرقة ، وسيأتي ضبط ذلك في الوديعة **(وأنكر المالك)** ذلك **(صدّق الغاصب بيمينه على الصحيح)** ؛ لأنه قد يكون صادقاً ويعجز عن البينة ، فلو لم يصدقه لأدّى إلى تخليد حبسه، والثاني : يصدّق المالك

فَـإِذَا حَلَفَ غَـرَّمَـهُ المَـالِـكُ في الأَصَحِّ ، وَلَـوِ ٱخْتَلَفَـا في قِيمَتِـهِ أَوْ فِي الثِّيَـابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْـدِ المَغْصُـوبِ أَوْ في عَيْبٍ خَلْقِيٍّ صُـدِّقَ الْغَـاصِبُ بِيَمِينِـهِ ،وَفي عَيْبٍ حَـادِثٍ يُصَـدَّقُ المَالِكُ بِيَمِينِـهِ في الأَصَحِّ، وَلَـوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيمَـةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَلَـوْ غَصَبَ ثَوْبـاً قِيمَتُـهُ عَشَرَةٌ فَصَـارَتْ بِـالـرُّخْصِ دِرْهَمـاً ثُمَّ لَبِسَـهُ

بيمينه ؛ لأن الأصل بقاؤه **(فإذا حلف)** الغاصب **(غرمه المالك)** بدل المغصـوب من المثل أو القيمة **(في الأصحّ)** لعجـزه عن الوصـول إلى عين مالـه بيمين الغاصب ، والثـاني : لا لبقاء العين في زعمه **(ولو اختلفا في قيمته)** بعد الاتفاق على الهلاك أو حلف الغاصب عليـه **(أو)** اختلفـا **(في الثيـاب التي على العبـد المغصـوب)** ، كـأن قـال المـالـك : هي لي ، وقـال الغاصب : بل هي لي **(أو)** اختلفـا **(في عيب خلقي)** كأن قـال الغاصب ولـد أكمه أو عـديم اليد ، وقال المالك : كان سليماً ، وإنما حدث عندك **(صدّق الغـاصب بيمينه)** في المسـائل الثلاث . أما في الأولى ، فلأن الأصل براءة ذمّته من الزيادة وعلى المالك البينـة ، فإن أقـام المالك بينـة على أن القيمة أكثـر مما قـاله الغـاصب من غير تقـدير سمعت وكلف الغـاصب الزيادة على ما قاله إلى حدّ لا تقطع البينة بالزيادة عليه ، وقيل : إنها لا تسمـع ، ومال إليـه ابن الرّفعة وإن أقامها على الصفات لتقوّمه المقوّمـون بتلك الصفات لم تقبـل ، لكن يستفيد المالك بإقامتها إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات وصار كمـا لو أقـرّ الغاصب بالصفات وذكر قيمة حقيرة ، فيؤمر بالزيادة إلى حد اللائق ، وإن أقامها بقيمتـه قبل الغصب لم تسمع على الصحيح . وأما في الثانية ، فلأن يد الغاصب على العبد وما عليه ، وخرج بالعبد الحرّ فلا تثبت يد غاصبه أو سارقه على ثيابه كما مرّت الإشـارة إليه . وأمـا في الثالثة ، فلأن الأصل العدم ، والبينة ممكنة **(و)** في الاختلاف **(في عيب حادث)** بعد تلفـه ، كـأن قال الغـاصب كان سـارقاً أو أقـطع **(يصدّق المـالك بيمينـه في الأصح)** ؛ لأن الأصـل والغالب السلامة . والثاني : يصـدّق الغاصب ؛ لأن الأصـل براءة ذمتـه ، ولو ردّه الغـاصب وبه عيب ، وقال : غصبته هكذا ، وقال المالك : بل حدث عندك صدّق الغاصب بيمينـه ؛ لأن الأصل براءة ذمته عما يزيد على تلك الصفة . فإن قيـل لا يتقيد ذلـك بردّ المغصـوب ، بل لو تلف كان الحكم كذلك أخذاً من التعليل المذكور ومن مسألة الطعام الآتية . أجيب بأن الغاصب في التلف قد لزمه الغرم فضعف جانبـه بخلافـه بعد الـرد **(ولو رده)** أي المغصـوب **(ناقص القيمة)** بسبب الرّخص **(لم يلزمه شيء)** لبقائه بحاله ، والـذي فات إنمـا هو رغبـات الناس **(ولو غصب ثوباً)** مثـلاً **(قيمته عشـرة)** مثلاً **(فصـارت بالـرّخص درهماً ثم لبسـه)** مثلاً

فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ. قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ أُتْلِفَ أَحَدُهُمَا غَصْباً أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ الحِنْطَةَ هَرِيسَةً فَكَالتَّالِفِ،

(فصارت نصف درهم فرده لزمه خمسة ، وهي قسط التالف من أقصى القيم) ؛ لأن الناقص باللبس نصف الثوب فيلزمه قيمته أكثر ، ما كانت من الغصب إلى التلف وهو في المثال المذكور خمسة ، والنقصان الباقي وهو أربعة ونصفه سببه الرخص وهو غير مضمون ، ويجب أيضاً مع الخمسة أجرة اللبس كما علم مما مرّ ، ولو عادت العشرة باللبس إلى خمسة ثم بالغلاء إلى عشرين لزمه مع ردّه خمسة فقط ، وهي الفائتة باللبس لامتناع تأثير الزيادة الحاصلة بعد التلف بدليل ، أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم الزيادة ، ولو اختلف المالك والغاصب في حدوث الغلاء قبل التلف باللبس فقال المالك : حدث قبله ، وقال الغاصب : بل بعده صدق الغاصب بيمينه ؛ لأنه الغارم **(قلت : ولو غصب خفين)** أي فردي خف فكل واحد يسمى خفاً **(قيمتهما عشرة فتلف أحدهما وردّ الآخر وقيمته درهمان أو أتلف أحدهما)** في يده **(غصبا)** له فقط ، فأتلف معطوف على غصب **(أو في يد مالكه)** والقيمة لهما وللباقي ما ذكر **(لزمه ثمانية في الأصح ، والله أعلم)** خمسة للتالف وثلاثة لأرش ما حصل من التفريق عنده فالثمانية قيمة ما تلف أو أتلفه وأرش التفريق الحاصل بذلك . والثاني : يلزمه درهمان قيمة ما تلف أو أتلفه .

تنبيه : خرج بقوله في يد مالكه ما لو أتلفه في يد الغاصب ، فإنه لا يلزمه إلا درهمان وهما قيمته وحده ، ونبّه بالخفين على إجراء الخلاف في كل فردين لا يصلح أحدهما ، إلا بالآخر كزوجي النعل ومصراعي الباب ، وأجراه الدارمي في زوجي الطائر إذا كان يساوي مع زوجه أكثر . واتفقوا على أنه لا يقطع بسرقة أحدهما إذا لم يبلغ وحده نصاباً وإن ضمناه إياه ؛ لأنه كان نصاباً في الحرز حال الانضمام ونقص بالتفريق حال الإخراج فضمناه ، لأنه يضمن الأقصى مع وضع اليد ولم يقطعهما اعتباراً بحالة الإخراج **(ولو حدث)** في المغصوب **(نقص يسري إلى التلف بأن)** أي كأن **(جعل)** الغاصب **(الحنطة)** المغصوبة **(هريسة)** أو الدقيق عصيدة **(فكالتالف)** حكمه ؛ لأنه لو ترك بحاله لفسد فكأنه هلك فيغرم بدل كل

وَفي قَوْلٍ يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ وَلَوْ جَنَى المَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالمَالِ ،فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ غَرَّمَهُ المَالِكُ،وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ المَالِكُ ثُمَّ يَرْجِعُ المَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ،وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى المَالِكِ فَبِيعَ فِي الجِنَايَةِ رَجَعَ المَالِكُ بِمَا

المغصوب من مثل أو قيمة **(وفي قول يردّه مع أرش النقص)** قياساً على التعييب الذي لا يسري وفي ثالث يتخير بين الأمرين ، واستحسنه في الشرح الصغير ، وعلى الأوّل هل تبقى الهريسة أو العصيدة للغاصب ؟ لأنا ألحقناه بالهالك ، أو للمالك كما لو قتل شاة لغيره يكون المالك أحقّ بجلدها وجهان أصحهما ، كما جزم المصنف في نكته الأوّل ، وفرق بينه وبين مسألة الجلد ، بأن المالية هنا باقية بخلاف الشاة ، ومثل الشاة ما لو نجس الزيت مثلاً فإنه يغرم بدله والمالك أحقّ بزيته .

تنبيه : أشار المصنف بالتمثيل إلى أن صورة المسألة إذا حدث النقص بفعل الغاصب ، فلو حدث في يده ، كما لو نقص الطعام بنفسه أخذه المالك مع الأرش . أما ما لا يسري إلى التلف فيجب أرشه كما مرّ **(ولو جنى)** الرقيق **(المغصوب)** في يد الغاصب **(فتعلق برقبته مال)** ابتداء أو وجب عليه قصاص فعفى على مال **(لزم الغاصب تخليصه)** ؛ لأنه نقص حدث في يده فلزم تخليصه **(بالأقلّ من قيمته والمال)** الواجب بالجناية ؛ لأن الأقلّ إن كان هو القيمة فهو الذي دخل في ضمانه ، وإن كان هو المال فهو الذي وجب ، ويجب عليه أيضاً أرش العيب الذي اتصف به وهو كونه صار جانياً على ما ذكر الرافعي في البيع **(فإن تلف)** الرقيق الجاني **(في يده)** أي الغاصب **(غرمه المالك)** أقصى قيمه من الغصب إلى التلف **(وللمجني عليه تغريمه)** أي الغاصب إن لم يكن غرمه ؛ لأن جناية المغصوب مضمونة عليه ، **(وأن يتعلق بما أخذه المالك)** من الغاصب بقدر حقه ؛ لأنه بدل الرقبة التي حقه متعلق بها **(ثم)** إذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة **(يرجع المالك)** بما أخذه منه **(على الغاصب)** ؛ لأن ما أخذه المالك لم يسلم له .

تنبيه : مقتضى قوله ثم يرجع ، أنه ليس للمالك مطالبة الغاصب بالأرش قبل أن يأخذ المجني عليه القيمة منه ، وهو كذلك كما صرّح به الإمام ؛ لأنه ربما يبرىء المجني عليه الغاصب ، وذلك يمنعه من الرجوع . نعم له مطالبته بالأداء كما يطالب به الضامن المضمون عنه كما قاله ابن الرفعة **(ولو ردّ العبد)** الجاني **(إلى المالك فبيع في الجناية رجع المالك بما**

أَخَذَهُ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَنَقَلَ تُرَابَهَا أَجْبَرَهُ المَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ الأَرْضِ كَمَا كَانَتْ ، وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ المَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ، وَإِلاَّ فَلاَ يَرُدُّهُ بِلاَ إِذْنٍ فِي الأَصَحِّ ، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا

أخذه) منه **(المجني عليه على الغاصب)** ؛ لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه ، ولو جنى الرقيق في يد الغاصب أوّلاً ثم في يد المالك وكل من الجنايتين مستغرقة قيمته بيع فيهما وقسم ثمنه بينهما نصفين ، وللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية المضمونة عليه ، وللأوّل التعلق به كما في المسألة السابقة ، فإن أخذه من المالك رجع به المالك على الغاصب مرّة أخرى ويسلم له المأخوذ ثانياً ؛ لأن الأوّل أخذ تمام القيمة ، والثاني : لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه **(ولو غصب أرضاً فنقل ترابها)** بكشطه من وجه الأرض **(أجبره المالك على ردّه)** إلى محله كما كان قبل نقله إن كان باقياً ، ولو غرم عليه أضعاف قيمته **(أو ردّ مثله)** إن كان تالفاً لما مرّ أن التراب مثلي ، فإن تعذر ردّ مثله غرم الأرش كما نصّ عليه في الأمّ وهو ما بين قيمتها بترابها بعد نقله منها **(و)** أجبره المالك أيضاً على **(إعادة الأرض كما كانت)** قبل النقل من انبساط أو ارتفاع أو انخفاض لإمكانه .

تنبيه : خرج بما قيدت به المسألة ما لو أخذ التراب من مكان واحد بحيث صار مكانه حفرة فإن المصنف ذكره بعد ذلك ، وما إذا كان المأخوذ من القمامات ، ففي الطلب أنه لا يتعلق بها ضمان عند تلفها فإنها محقرة ، ومقتضى كلامه وجوب ردّها إن كانت باقية وهو كذلك كما قاله الإسنوي **(وللناقل الردّ)** له ، **(وإن لم يطالبه المالك)** أو منعه كما جرى عليه ابن المقري **(إن كان له فيه)** أي النقل **(غرض)** ، كأن ضيق ملكه أو ملك غيره ، أو كان المنقول إليه شارعاً وخشي منه ضماناً ، أو حصل في الأرض نقص وكان ذلك النقص يزول بالرد لدفع الضرر عنه **(وإلا)** ، بأن لم يكن له فيه غرض كأن نقله منها إلى موات ، أو من أحد طرفيها إلى الآخر **(فلا يردّه بلا إذن في الأصح)** ، لأنه تصرّف في ملك غيره بغير إذنه ، وعلى هذا لو استقّل به كان للمالك تكليفه الرد إلى المحل الذي نقله منه إليه . والثاني : له الرد بلا إذن ؛ لأنه رد ملكه إلى محله .

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يمنعه المالك من الرد ، فإن منعه لم يرد جزماً ، أو منعه من بسطه حيث كان له الرد لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً ، **(ويقاس بما ذكرنا)** من

حَفْـرُ الْبِئْرِ وَطَمُّهَـا ، وَإِذَا أَعَادَ الأَرْضَ كَمَـا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَـلاَ أَرْشَ لٰكِنْ عَلَيْهِ أُجْـرَةُ الْمِثْلِ لِمُـدَّةِ الإِعَـادَةِ ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجَبَ أَرْشُـهُ مَعَهَا وَلَـوْ غَصَبَ زَيْتاً وَنَحْـوَهُ وَأَغْلاَهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُـهُ دُونَ قِيمَتِهِ ، رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْـلُ الذَّاهِبِ فِي الأَصَـحِّ ، وَإِنْ نَقَصَتِ الْقِيمَةُ فَقَطْ لَـزِمَهُ الأَرْشُ، وَإِنْ نَقَصَتَـا غَرِمَ الذَّاهِبَ وَرَدَّ الْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِـهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيمَـةِ أَكْثَرَ ،

نقل التراب بالكشط **(حفر البئر وطمها)** فعليه الطم بترابها إن بقي وبمثله إن تلف إن أمره المالك بالطم وإلا فإن كان له فيه غرض استقلّ به ، وإلا فلا في الأصح ، واستشكل الإسنوي الطمّ بمثل التراب التالف ، بأنه إذا تلف يجب في ذمة الغاصب مثله ، والواجب في الذمة إنما يملك بقبض صحيح فكيف يستقيم الردّ بدون الإذن اهـ ولعلهم اغتفروا ذلك للحاجة ، ومن الغرض هنا ضمان التردي ، فإن منعه المالك من الطم ورضي باستدامتها فليس له الطم ويندفع عنه الضمان ، فإن اقتصر على منعه من الطم فكذلك في أحد وجهين ، نقله الروياني وابن الرفعة عن الأصحاب ، ولو كان الغاصب قد طوى البئر بآلة نفسه ، فليس له نقلها وللمالك إجباره عليه ، فإن وهبها منه لم يلزمه القبول في الأصح **(وإذا أعاد)** الغاصب **(الأرض كما كانت ولم يبق)** فيها **(نقص بلا أرش)** عليه لعدم الموجب له **(لكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة)** من الرد والطم وغيرهما وإن كان آتياً بواجب كما يلزمه أجرة ما قبلها .

تنبيه : عبارة الروضة لمدة الحفر والإعادة وهي كما قال السبكي أزيد فائدة لولا ما قدّرناه **(وإن بقي نقص)** في الأرض بعد الإعادة **(وجب أرشه معها)** أي الأجرة لاختلاف سببهما **(ولو غصب زيتاً ونحوه)** من الأدهان كالشيرج والسمن **(وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته)** ، كأن غصب صاعاً قيمته درهم فصار إلى نصف صاع قيمته درهم **(ردّه)** لبقاء العين **(ولزمه مثل الذاهب)** منه **(في الأصح)** ولا يجبر نقصه بزيادة قيمته ، كما لو خصي العبد فزادت قيمته فإنه يضمن قيمته على الجديد . والثاني : لا يلزمه جبر النقصان ، إذ ما فيه من الزيادة والنقصان حصل من واحد فيجبر النقصان بالزيادة **(فإن نقصت القيمة فقط)** كأن لم تنقص عن الصاع بل نقصت قيمته ، كأن صارت نصف درهم **(لزمه الأرش)** جبراً له **(وإن نقصتا)** أي العين والقيمة جميعاً **(غرم الذاهب وردّ الباقي مع أرشه إن كان نقص القيمة أكثر)** من نقص العين كأن صار الصاع نصف صاع يساوي أقلّ من نصف درهم ، فإن لم

وَالأَصَحُّ أَنَّ السِّمَنَ لاَ يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ ،

تنقص القيمة كأن صار نصف الصاع يساوي نصف درهم ، فلا أرش وإن لم ينقص واحد منهما ، فلا شيء غير الرد ، ولو غصب عصيراً فأغلاه فنقصت عينه دون قيمته لم يضمن مثل الذاهب ؛ لأن الذاهب منه مائية لا قيمة لها ، والذاهب من الدهن دهن متقوّم ، وفارق نظيره في الفلس حيث يضمن بدل الذاهب للبائع كالزيت ؛ لأن ما زاد بالإغلاء ثم للمشتري فيه حصة ، فلو لم يضمن المشتري ذلك لأجحفنا بالبائع والزائد بالإغلاء هنا للمالك فانجبر به الذاهب ، ومثل إغلاء العصير ما لو صار العصير خلًا ، أو الرطب تمراً نقصت عينه دون قيمته لا يضمن مثل الذاهب ، وأجراه الماوردي والروياني في اللبن إذا صار جبناً ونقص كذلك وتعرف النسبة بوزنهما **(والأصح أن السمن)** الطارىء في المغصوب عند الغاصب **(لا يجبر نقص هزال)** حصل **(قبله)** عنده ، كأن غصب جارية سمينة فهزلت عنده ثم سمنت عنده فعادت القيمة ، فإنه يردها وأرش السمن الأوّل ؛ لأن الثاني غير الأوّل حتى لو زال الثاني : ردها وأرش السمنين . والوجه الثاني : يجبر ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض ، وعود الحسن كعود السمن .

تنبيه : أشار بقوله نقص هزال إلى أن السمن المفرط الذي لا تنقص القيمة بزواله غير مضمون وهو كذلك ، ولو انعكس الحال بأن كانت معتدلة فسمنت في يد الغاصب سمناً مفرطاً ، ونقصت قيمتها ردّها وهل يغرم أرش النقص . قال في الكفاية : لا ، لأنها لم تنقص حقيقة ولا عرفاً . وقال الإسنوي : نعم وهو الأوجه ؛ لأن الأوّل مخالف للقاعدة في تضمين نقص القيمة ، ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي أو الإناء ثم أعاده بتلك الصنعة **(و)** الأصح **(أن تذكر صنعة نسيها)** المغصوب عند الغاصب **(يجبر النسيان)** ، سواء استذكرها عند الغاصب وهو ظاهر أم عند المالك كما بحثه في المطلب ، وشملته عبارة المصنف ؛ لأنه عين الأوّل فصار كما لو لم ينسها بخلاف السمن ، فإنه زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لتلك الأجزاء الذاهبة . والثاني : لا يجبر كالسمن ورد بما مرّ ، ولو تعلم الصنعة عند الغاصب بعد نسيانها فكالتذكر كما قاله الرافعي أو عند المالك ، فلا كما قال الإسنوي إنه المتجه ، ولو تعلمت الجارية المغصوبة الغناء فزادت قيمتها به ثم نسيته لم يضمنه . قال في أصل الرّوضة ؛ لأنه محرّم كما في كسر الملاهي ، وهو محمول على غناء يخاف منه الفتنة لئلا ينافي ما صححه في الشهادات من أنه مكروه ، وكالجارية فيما ذكر

وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لاَ يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعاً، وَلَوْ غَصَبَ عَصِيراً فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ فَالأَصَحُّ أَنَّ الخَلَّ لِلْمَالِكِ وَعَلَى الغَاصِبِ الأَرْشُ إِنْ كَانَ الخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً، وَلَوْ غَصَبَ خَمْراً فَتَخَلَّلَتْ أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّ الخَلَّ وَالجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ .

العبد ، وما نقله في أصل الرّوضة فيه من لزوم القيمة محمول على ذلك ، ولو أتلف ديك الهراش أو كبش النطاح ضمنه غير مهارش أو ناطح ، لأن ذلك محرّم .

تنبيه : مرض الرقيق المغصوب أو تمعط شعره أو سقوط سنه ينجبر بعوده كما كان ، ولو عاد بعد الردّ للمالك بخلاف سقوط صوف الشاة وورق الشجر فإنه لا ينجبر بعوده كما كان ؛ لأنه متقوّم ينقص به وصحة الرقيق وشعره وسنه غير متقوّم **(وتعلم صنعة)** عند الغاصب **(لا يجبر نسيان)** صنعة **(أخرى)** عنده **(قطعاً)** وإن كانت أرفع من الأولى لاختلاف الأغراض **(ولو غصب عصيراً فتخمر ثم تخلل)** عنده ، **(فالأصح أن الخل للمالك)** ، لأنه عين ماله ، وإن انتقل من صفة إلى صفة **(وعلى الغاصب الأرش ، إن كان الخل أنقص قيمة)** من العصير لحصوله في يده ، فإن لم تنقص قيمته اقتصر عليه ، والثاني : يلزمه مثل العصير ، لأنه بالتخمر كالتالف والخل على هذا قيل للغاصب ، والأصح أنه للمالك ، لأنه فرع ملكه ويجري الخلاف فيما لو غصب بيضاً فتفرّخ أو حباً فنبت أو بزر قطن فصار قزاً .

تنبيه : احترز بقوله : ثم تخلل عما لو يتخمر ولم يتخلل فإنه يلزمه ردّ مثله لفوات المالية ، وعليه إراقة الخمر إن عصرت بقصد الخمرية ، وإلا فلا يجوز له إراقتها لاحترامها **(ولو غصب خمراً فتخللت)** عنده **(أو جلد ميتة)** يطهر بالدباغ **(فدبغه ، فالأصح أن الخلّ والجلد للمغصوب منه)** ؛ لأنهما فرع ما اختصّ به فإذا تلفا في يده ضمنهما . والثاني : هما للغاصب لحصول المالية عنده ، وقضية تعليل الأوّل إخراج الخمرة غير المحترمة ، وبه جزم الإمام وسوّى المتولي بينهما وهو كما قال شيخنا أوجه إلا إن أعرض المالك عنها ، فلا يجب ردّها عليه ، وليس للمالك استردادها ، وإعراض المالك عن الجلد كإعراضه عن الخمر ، وإذا لم يعرض عنه فيجب على الغاصب الردّ لعموم الخبر ، ولأنه منتفع به ، ولو أتلف شخص جلداً غير مدبوغ فادّعى المالك أنه مذكى ، والمتلف أنه ميتة صدق المتلف بيمينه ، لأن الأصل عدم التذكية .

فصــل

زِيَادَةُ المَغْصُوبِ إنْ كَانَتْ أَثَراً مَحْضاً كَقُصَارَةٍ فَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إنْ أَمْكَنَ ، وَأَرْشَ النَّقْصِ ، وَإنْ كَانَتْ عَيْناً كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ كُلِّفَ الْقَلْعَ ،

فصــل

فيما يطرأ على المغصوب من زيادة وغيرها ، والزيادة أثر وعين ، فالأثر لاحق للغاصب فيه كما قال (**زيادة المغصوب إن كانت أثراً محضاً كقصارة**) لثوب وخياطة بخيط منه وطحن حنطة وضرب السبائك دراهم وضرب الطين لبناً وذبح الشاة وشيها ، (**فلا شيء للغاصب بسببها**) لتعدّيه بعمله في ملك غيره بخلاف المفلس حيث كان شريكاً للبائع ، فإنه عمل في ملكه (**وللمالك تكليفه ردّه**) ، أي المغصوب (**كما كان إن أمكن**) كردّ الدراهم سبائك واللبن طيناً ، لأنه متعدّ بفعله ، ولا يغرم أرش ما كان زاد بصنعته ، لأن فواته بأمر المالك ، فإن لم يمكن كالقصارة فليس له إجباره بل يأخذه بحاله (**وأرش النقص**) إن نقص عما كان قبل الزيادة ، وإذا رضي المالك بما يمكن إعادته بحاله أجبر الغاصب على تسليمه له بحاله وعلى غرم أرش النقص إن كان إلا أن يكون له غرض في الإعادة كأن خشي على نفسه من بقائها ضرراً من تغرير أو غيره كمن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان أو على غير عياره ، فله إبطالها وإن لم يرض به المالك بخلاف ما إذا لم يخشَ سواء أرضي المالك ببقائها أم سكت عن الرضا والمنع . نعم لو ضرب الشريك الطين لبناً أو السبائك دراهم بغير إذن شريكه جاز له كما أفتى به البغوي أن ينقضه ، وإن رضي شريكه بالبقاء ينتفع بملكه كما كان . ثم شرع في القسم الثاني وهو العين فقال : (**وإن كانت**) أي الزيادة (**عيناً كبناء وغراس كلف القلع**) لها ، وأرش النقص إن كان وإعادتها كما كانت ، وأجرة المثل إن مضت مدّة لمثلها أجرة ، ولو أراد المالك تملكها بالقيمة أو إبقاءها بأجرة لم يلزم الغاصب إجابته في الأصح لإمكان القلع بلا أرش بخلاف المستعير .

تنبيه : قد يفهم كلامه أنه ليس للغاصب القلع بغير رضا المالك ، وليس مراداً ، بل لو أراد القلع فليس للمالك منعه ، ولو بادر لذلك أجنبي غرم الأرش ، وقيل : لا غرم ؛ لأنه غير محترم ، وردّ بأن عدم احترامه بالنسبة إلى مستحق الأرض لا مطلقاً ، ولو كان الغراس والبناء مغصوبين من آخر ، فلكل من مالكي الأرض والبناء والغراس إلزام الغاصب بالقلع ،

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ بِصَبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ،وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ ، وإِنْ نَقَصَتْ لَزِمَهُ الأَرْشُ وَإِنْ زَادَتِ اشْتَرَكَا فِيهِ ،

وإن كانا لصاحب الأرض ، فإن رضي المالك به لم يكن للغاصب قلعه ولا شيء عليه وإن طالبه بالقلع ، فإن كان له فيه غرض لزمه قلعه مع أرش النقص ، وإلا فوجهان : أحدهما وهو الظاهر : نعم لتعدّيه ، والثاني : لا ، لأنه عيب ، وسكت المصنف عن نماء المغصوب كما لو اتجر الغاصب في المال المغصوب فالربح له في الأظهر ، فإذا غصب دراهم واشترى شيئاً في ذمته ونقد الدراهم في ثمنها وربح ردّ مثل الدراهم ؛ لأنها مثلية إن تعذر عليه ردّ ما أخذه وإلا وجب عليه ردّه بعينه . أما إذا اشترى بعينه فالجديد بطلانه ، ولو غصب أرضاً وبذراً من واحد وبذر الأرض به فللمالك تكليفه إخراج البذر منها وأرش النقص ، وإن رضي المالك ببقاء البذر في الأرض لم يكن للغاصب إخراجه ، ولو زوّق الغاصب الدار المغصوبة بما لا يحصل منه شيء بقلعه لم يجز له قلعه إن رضي ببقائه المالك وليس للمالك إجباره عليه كما في الرّوضة خلافاً للزركشي كالثوب إذا قصره **(وإن صبغ)** الغاصب **(الثوب)** المغصوب **(بصبغه)** ، وكان الحاصل تمويهاً لا يحصل منه بالانصباغ عين مال فكالتزويق فيما مر وإن حصل منه ذلك **(وأمكن فصله)** منه ، كأن كان الصبغ غير منعقد **(أجبر عليه في الأصحّ)** قياساً على البناء والغراس ، والثاني : لا ، لما فيه من ضرر الغاصب ؛ لأنه يضيع بفصله بخلاف البناء والغراس ، وعلى الأوّل لو تركه الغاصب للمالك ليدفع عنه كلفة القلع لم يجبر على قبوله في أصح الوجهين ، ولو رضي المالك بإبقائه كان للغاصب الفصل إن لم ينقص الثوب بالفصل وكذا إن نقص ، وإذا تراضيا على القلع فذاك أو على الإبقاء فهما شريكان **(وإن لم يمكن)** فصله كأن كان الصبغ منعقداً **(فإن لم تزد قيمته)** أي الثوب بالصبغ ولم تنقص ، كأن كان يساوي عشرة والصبغ خمسة فصار مصبوغاً يساوي عشرة لا لانخفاض سوق الثياب بل لأجل الصبغ **(فلا شيء للغاصب فيه)** لعدم الزيادة ولا شيء عليه لعدم النقص **(وإن نقصت)** قيمته ، كأن صار يساوي ثمانية **(لزمه الأرش)** ؛ لأن النقص حصل بفعله **(وإن زادت)** قيمته بالصبغ كأن صار يساوي خمسة عشر في مثالنا **(اشتركا فيه)** أي الثوب هذا بصبغه وهذا بثوبه أثلاثاً ثلثاه للمغصوب منه وثلثه للغاصب، فشركتهما ليست على الإشاعة . بل كل منهما يملك ما كان له مع ما يخصه من الزيادة ، فلو حصل فيهما أو في أحدهما نقص لانخفاض سعر أحدهما أو زيادة لارتفاعه عمل به فيكون النقص أو الزيادة لاحقاً لمَن انخفض أو ارتفع سعر ماله ، وإن حصل ذلك بسبب اجتماع الثوب والصبغ : أي

وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ التَّمْيِيزُ لَزِمَهُ، وَإِنْ شَقَّ فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ ،

بسبب العمل فالنقص على الصبغ ؛ لأن صاحبه هو الذي عمل ، والزيادة بينهما ؛ لأن الزيادة الحاصلة بفعل الغاصب ؛ إذا أسندت إلى الأثر المحض تحسب للمغصوب منه ، وأيضاً الزيادة قامت بالثوب والصبغ فهي بينهما ، ولو بذل صاحب الثوب للغاصب قيمة الصبغ ليتملكه لم يجب إليه سواء أمكن فصله أم لا ، بخلاف البناء والغراس في العارية لتمكنه هنا من القلع مجاناً بخلاف المغير ، ولو أراد أحدهما الانفراد ببيع ملكه لثالث لم يصح إذ لا ينتفع به وحده كبيع دار لا ممرّ لها ، نعم لو أراد المالك بيع الثوب لزم الغاصب بيع صبغه معه ؛ لأنه متعدّ فليس له أن يضرّ بالمالك بخلاف ما لو أراد الغاصب بيع صبغه لا يلزم مالك الثوب بيعه معه لئلا يستحق المتعدّي بتعدّيه إزالة ملك غيره .

تنبيه : احترز المصنف بقوله : بصبغه عن صورتين : الأولى أن يكون الصبغ مغصوباً من آخر فهما شريكان كما لو كان الصبغ للغاصب ، فإن حصل في المغصوب نقص باجتماعهما اختص النقص بالصبغ كما مرّ وغرم الغاصب لصاحب الصبغ قيمة صبغه ، وإن أمكن فصله فلكلّ منهما تكليفه الفصل ، فإن حصل به نقص فيهما أو في أحدهما غرمه الغاصب ، وإن لم يمكن فصله ، بأن كان الحاصل تمويهاً فكما سبق في التزويق ففي هذه الصورة زيادة على ما تقدّم . الصورة الثانية : أن يكون الصبغ لمالك الثوب ، فالزيادة له لا للغاصب ؛ لأنها أثر محض والنقص على الغاصب فيغرم أرشه ، وللمالك إجباره على فصله إن أمكن ، وليس للغاصب فصله إذا رضي المالك بالإبقاء ، وكذا لو سكت كما قال الإسنوي : إنه القياس .

فرع : لو طيرت الريح ثوباً إلى مصبغة شخص فانصبغ فيها اشتركا في المصبوغ مثل ما مرّ ولم يكلف أحدهما البيع ولا الفصل ولا الأرش وإن حصل نقص إذ لا تعدّي ، **(ولو خلط المغصوب بغيره)** سواء أخلط بجنسه كحنطة بيضاء بحنطة حمراء أو بغير جنسه كبرّ بشعير **(وأمكن التمييز لزمه)** التمييز لسهولته ، ولا مكان ردّ عين ما أخذه **(وإن شقّ)** عليه تمييز جميعه وجب عليه تمييز ما أمكن **(فإن تعذر)** كأن خلط الزيت بمثله أو بشيرج **(فالمذهب أنه كالتالف)** ، لا مشتركاً سواء أخلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ لتعذر ردّه وملكه الغاصب **(فله)** أي المغصوب منه **(تغريمه)** أي الغاصب **(وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط)** ؛ لأن الحق فيه انتقل إلى ذمّته ، وله أيضاً أن يعطيه منه إن خلطه بمثله أو بأجود

وَلَـوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنى عَلَيْهَا أُخْرِجَتْ ،

منه لا بأردأ ؛ لأنه دون حقه إلا برضاه ، فله أخذه ولا أرش له وكان مسامحاً ببعض حقه وإلا أخذ مثل ماله ، والطريق الثاني قولان : أحدهما هذا ، والثاني : يشتركان في المخلوط ، وللمغصوب منه قدر حقه من المخلوط . قال السبكي : والذي أقوله وأعتقده وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل ؛ لأن فيه تمليك الغاصب مال المغصوب منه بغير رضاه ، بل بمجرّد تعدّيه بالخلط ، وأطال الكلام في ذلك ، وقال الزركشي : إذا قلنا : إنه كالتالف ويملكه الغاصب ، فلا يتصرّف فيه وهو محجور عليه فيه حتى يعطي المالك بدله اهـ ، وهو كما قال ابن شهبة ظاهر . قال : ولم أره لغيره .

تنبيه : قضية إطلاقهم أن خلط الدراهم بمثلها بحيث لا تتميز هلاك ، وهو كذلك كما قاله بعض المتأخرين ، وهو أوجه من قول ابن الصباغ وغيره إنهما يشتركان ، والفرق بأن كلّ درهم متميز في نفسه بخلاف الزيت ونحوه منتقض بالحبوب ، ولو اختلط الزيتان أو نحوهما بانصباب ونحوه كصبّ بهيمة أو برضا مالكهما ، فمشترك لعدم التعدّي . فإن كان أحدهما أردأ أجبر صاحبه على قبول المختلط ؛ لأن بعضه عين حقه وبعضه خير منه لا صاحب الأجود ، فلا يجبر على ذلك فإن أخذ منه فلا أرش له لعدم التعدّي ، وإلا بيع المختلط ، وقسم الثمن بينهما بنسبة القيمة ، فإن أراد قسمة غير المتفاضلين في القيمة على نسبة القيمة لم يجز للتفاضل في الكيل ونحوه . أما لو خلط المغصوب بغير جنسه كالزيت بالشيرج ودقيق الحنطة بدقيق الشعير ، فإن تراضيا على الدفع منه أو ببيعه وقسمة ثمنه جاز ؛ لأن الحق لا يعدوهما ؛ ولأن التفاضل جائز مع اختلاف الجنس ، وإن امتنع أحدهما لم يجبر الممتنع ؛ لأنه كالهالك فلا يلزم الغاصب ببدل ما لم يجب عليه ولا المغصوب منه بقبول ما لم يجب له فيغرم المثل ، وقيل : يباعان ويقسم الثمن على نسبة القيمتين ، ولو لم يكن غصب ، كأن انصبّ أحدهما على الآخر ، فمشترك بينهما لما مرّ ، ولو غصب زيتين أو نحوهما من اثنين فأكثر وخلطهما . قال ابن المقري : فهو كما لو غصب زيتاً وخلطه بزيته ، وهو مقتضى كلام أصله ، وقال البلقيني : المعروف عند الشافعية ، أنه لا يملك شيئاً منه ولا يكون كالهالك ، وهذا أوجه ، ومما يؤيده كما قال شيخي ما نقل عن فتاوى المصنف أنه لو غصب دراهم من جماعة وخلطها ودفع لكلّ منهم قدر حقه جاز له أخذه والتصرّف فيه ، وإن دفع لأحدهم فقط صار مشتركاً بين الجميع وفرق بينه وبين ما إذا خلطه بمال نفسه بأنه تبع للمملوك له فاستتبع بخلاف مال الأجنبيين لا أولوية لأحدهما على الآخر **(ولو غصب خشبة)** مثلاً **(وبنى عليها)** في ملكه أو غيره كمنارة مسجد **(أخرجت)** أي يلزمه إخراجها وردّها إلى

وَلَوْ أَدْرَجَهَا في سَفِينَةٍ فَكَـذٰلِكَ إلاَّ أَنْ يَخَـافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ ، وَلَوْ وَطِىءَ المَغْصُوبَةَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ ، حُدَّ ، وَإنْ جَهِلَ فَلاَ حَـدَّ ،وَفي الحَالَيْنِ يَجِبُ المَهْرُ

مـالكها إن لم تتعفن ، ولـو تلف عليه بسبب الإخـراج أضعاف قيمتهـا لتعدّيـه ، وعليه أرش نقصها إن حدث فيها نقص وأجرة مثلها أن مضت مدّة لمثلها أجرة ، أما إذا تعفنت بحيث لو أخرجت لم يبق لها قيمة فهي كالتـالفة (ولـو أدرجها) أي الغـاصب (في سفينة فكـذلك) أي يلزمـه مـا مـرّ إلا أن تتعفن (إلا أن يخـاف) من إخـراجهـا من السفينـة (تلف نفس أو مـال معصومين) ولو للغاصب ، كأن كانت السفينة في اللجة والخشبة في أسفلها فإنهـا لا تنزع ، وإنما لم تنزع ؛ لأنها لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى الشط : أي وتؤخذ القيمـة للفرقـة أو نحوه كرقـراق بخلاف هـدم البناء لـردّ اللوح بل يـأخذ القيمـة للحيلولة إلى تيسـر النزع ، وخرج بالمعصومين نفس الحربي وماله ، وبالخوف المذكور ما لو كانت السفينة على الأرض أو مـرساة على الشط أو نحـوه . أو كانت الخشبـة في أعلاهـا . قال الإسنـوي : وينبغي أن يلحق بـالتلف ما يبيـح التيمم . قال الـوليّ العراقي : إلا الشين ، وجـرى عليه الـزركشي ، والأوجه عدم الاستثناء في الآدمي كما يؤخذ من قولهم ، ولو خاط شيئاً بمغصوب لزمه نـزعه منه وردّه إلى مالكه إن لم يبل ، وإلا فالهالك لا من جرح حيوان محترم يخاف بالنزع هلاكـه أو ما يبيح التيمم ، فـلا يجوز نـزعه منـه لحرمتـه إلا أنه لا يؤثـر ذلك الشين في غيـر الآدمي بخلاف الآدمي كما في التيمم ولو شدّ بمغصوب جبيرة كـان كما لـو خاط بـه جرحـه . ذكره المتولي ، ولا يذبح لنزعه مأكول ولا غيره ، ولو كان للغاصب للنهي عن ذبح الحيـوان لغير أكله ويضمنه ، لأنه أحال بينه وبين مالكه ، ولو خاط به الغاصب جرحاً لآدمي بإذنه ، فالقرار عليه ، ولو جهل الغصب كما لو قرب له طعاماً مغصوباً ، فأكله وينـزع الخيط المغصوب من الميت ولو آدمياً ، وإنما لم ينزع في الحياة لحرمة الروح ، وينزع من حيّ غير محترم كمرتدّ وزان محصن وكلب لا ينتفع به وحيث لا يجوز نزعه يجوز غصبه له ابتداء ليخاط بـه جرحـه إن لم يوجد خيط حلال ، وحيث يجوز نزعه لا يجـوز غصبه ليخـاط به الجـرح (ولو وطىء) الغاصب الأمة (المغصوبة عالماً بالتحريم) لوطئها مختاراً (حدّ) ، لأنه زنا سواء أكانت عالمة أم جاهلة . نعم الأب ونحوه لا حدّ عليه (وإن جهل) تحريمه لاشتباهها عليه أو لقـرب عهده بالإسلام أو لبعده عن العلماء أو أكره عليه (فـلا حدّ) عليـه لعذره (وفي الحـالين) أي حالتي علمه وجهله (يجب المهر) ؛ لأنـه استوفى المنفعـة ، وهي غير زانيـة لكن في حالـة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرّر الوطء ، وفي حالة العلم يتعدّد ، وإن وطئها مرة جاهلاً ومرة عالماً

إِلَّا أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَعَلَيْهَا الحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ ، وَوَطْءُ المُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الحَدِّ وَالمَهْرِ ، فَإِنْ غرمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الأَظْهَرِ ، وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ، وَإِنْ جَهِلَ

وجب مهران وسيأتي بسط ذلك في باب الصداق إن شاء الله تعالى **(إلا أن تطاوعه)** في الوطء عالمة بالتحريم **(فلا يجب)** لها مهر **(على الصحيح)** ؛ لأنها زانية ، وقد نهى عن مهر البغيّ ، وهي الزانية ، والثاني : يجب ، لأنه لسيدها فلا يسقط بطواعيتها فيه كما لو أذنت في قطع يدها ، وأجاب الأوّل بأن المهر ، وإن كان للسيد فقد عهدنا أنه يتأثر بفعلها كما لو ارتدّت قبل الدخول **(وعليها الحدّ إن)** طاوعته ، و **(علمت)** بالتحريم لزناها ، وهذا أيضاً قيد فيما قبله كما قدّرته ، فإن جهلته أو أكرهت عليه فلا حدّ ، وسكت المصنف عن أرش البكارة ، ولا شكّ في وجوبه ، ولا يسقط بمطاوعتها كما لا يسقط أرش طرفها بإذنها في قطعه ، وتقدّم في باب الخيار أنه يجب لها هنا أرش بكارة ومهر ثيب ، والفرق بين ما هنا وما هناك **(ووطء المشتري من الغاصب كوطئه)** أي الغاصب **(في الحدّ والمهر)** وأرش البكارة أيضاً إن كانت بكراً لاشتراكهما في وضع اليد على ملك الغير بغير حقّ فيأتي فيه ما ذكر في حالتي العلم والجهل إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة فإنه يقبل قوله في ذلك **(فإن غرمه)** أي المهر للمالك **(لم يرجع به)** المشتري **(على الغاصب في الأظهر)** لأنه باشر الإتلاف ، والثاني يرجع إن جهل الغصب ؛ لأنه لم يدخل في العقد على ضمانه فيرجع به على البائع ؛ لأنه غرّه بالبيع ويجري الخلاف في أرش البكارة أيضاً فلا يرجع به على الأظهر كما قاله الرافعي ، وإن خالف في ذلك جمع ، لأنه بدل جزء منها أتلفه **(وإن أحبل)** الغاصب أو المشتري منه حال كونه **(عالماً بالتحريم)** للوطء **(فالولد رقيق)** للسيد **(غير نسيب)** ، لأنه من زنا وإن انفصل حياً فمضمون على الغاصب أو ميتاً بجناية ، فبدله للسيد أو بغيرها ، ففي وجوب ضمانه على المحبل وجهان أوجههما كما قال شيخنا : نعم كما هو ظاهر النصّ لثبوت اليد عليه تبعاً للأم ، والثاني : لا ، لأن حياته غير متيقنة ، ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتاً ، وعلى الأوّل تعتبر قيمته يوم الانفصال لو كان حياً ، ونسب في المهمات ترجيح الثاني للرافعي . لكن قال الأذرعي إن ما ذكره غلط صريح . فإن الموضع الذي نقل عنه إنما قاله الرافعي في الجاهل بالتحريم وما نحن فيه في العالم اهـ ، وحاصله أنه انتقل نظره من مسألة إلى أخرى **(وإن جهل)** من ذكر

فَحُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الانْفِصَالِ ، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ وَلَوْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الأَظْهَرِ، وَلَا يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا فِي الأَظْهَرِ وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ

التحريم (فحرّ نسيب) للشبهة بالجهل ، والمشهور كما قاله في المطلب أنه انعقد حرًا لا رقيقاً ثم عتق (وعليه) للسيد (قيمته) بتقدير رقه لتفويته رقه بطنه (يوم الانفصال) حياً لأن التقويم قبله غير ممكن ، وعليه أيضاً أرش نقص الولادة (ويرجع بها) أي بالقيمة (المشتري على الغاصب) ، لأنه غرّه بالبيع ؛ لأن مقتضاه أن يسلم له الولد من غير غرامة ، ووقع في الروضة بخط المصنف ، ولا يرجع ونسب لسبق القلم ، ويرجع أيضاً بأرش نقص الولادة كما نقل الرافعي عن العراقيين القطع به . فإن انفصل ميتاً بجناية فعلى الجاني ضمانه بالغرّة ، وللمالك مطالبة الغاصب أو المشتري منه قياساً عليه بعشر قيمة الأم ؛ لأنا نقدّره رقيقاً في حقه ، ثم إن كانت الغرّة أكثر فالزائد لورثة الجنين أو أقلّ ضمن الغاصب أو المشتري منه للمالك عشر قيمة الأم كاملاً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن بدل الجنين المجني عليه تحمله العاقلة . قال المتولي : والغرّة تجب مؤجلة ، فلا يغرم الغاصب حتى يأخذ الغرّة وتوقف الإمام فيه . وإن انفصل ميتاً بغير جناية ، فلا شيء فيه لعدم تيقن حياته . ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حيث قلنا : فيه بالضمان كما مرّ ؛ لأن الرقيق يدخل تحت اليد فجعل تبعاً للأم ، ولو انفصل حياً حياة غير مستقرة ثم مات وجب ضمانه ؛ لأنا تيقنا حياته .

تنبيه : اقتصار المصنف على المشتري قد يوهم أن المتهب من الغاصب لا يرجع عليه بها ، وفيه وجهان رجح البلقيني منهما الرّجوع ؛ لأنه دخل على أن لا يضمنها .

فرع : لو أذن المالك للغاصب أو للمشتري منه في وطء الأمة المغصوبة ووطىء وجب عليه المهر في أحد وجهين رجحه ابن القطان ، وقيمة الولد في أحد طريقين رجحه غيره (ولو تلف المغصوب عند المشتري) من الغاصب (وغرمه) لمالكه (لم يرجع به) أي بما غرمه على الغاصب ، سواء أكان عالماً أم جاهلاً ، وإنما يرجع عليه بالثمن ؛ لأن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري ، وقيل : يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن ، ونقل عن صاحب التقريب (وكذا) لا يرجع بالأرش الذي غرمه (لو تعيب عنده) بآفة (في الأظهر) ؛ لأن التعييب بآفة من ضمان المشتري والثاني : يرجع للتغرير بالبيع . أما إذا كان بفعله فإنه لا يرجع قطعاً (ولا يرجع) عليه (بغرم منفعة استوفاها) كاللبس والرّكوب والسكنى

وَبِأَرْشِ نَقْصِ بِنَائِهِ وغِرَاسِهِ إِذَا نُقِضَ فِي الأَصَحِّ ،وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي ، وَمَا لاَ فَيَرْجِعُ . قُلْتُ :وَكُلُّ مَنِ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكالمُشْتَرِي ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

(في الأظهر) وهما القولان في المهر ومرّ توجيههما **(ويرجع)** عليه **(بغرم ما تلف عنده)** من منفعة بغير استيفاء **(وبأرش نقص)** بالمهملة **(بنائه وغراسه إذا نقض)** بالمعجمة من جهة مالك الأرض **(في الأصح)** في المسألتين ؛ لأنّه غرّه بالبيع . والثاني : في الأولى ينزل التلف عنده منزلة إتلافه ، وفي الثانية : يقول : كأنه بالبناء والغراس يتلف ماله .

تنبيه : ثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة كما جزم به في الروضة . قال السبكي : ويمكن إدخاله في كلام المصنف ، ولولا أنه شامل لذلك لقال : وما فات ؛ لأنها العبارة المستعملة في المنفعة اهـ ولا يرجع بما أنفق على الرّقيق ولا بما أدّى من خراج الأرض كما صححه الرافعي ولو زوّج الغاصب الأمة المغصوبة ووطئها الزّوج أو استخدمها جاهلاً وغرم المهر أو الأجرة لم يرجع ؛ لأنه استوفى مقابلها بخلاف المنافع الفائتة عنده فإنه يرجع بغرمها **(وكلّ ما)** أي شيء **(لو غرمه المشتري رجع به)** على الغاصب كأجرة المنافع الفائتة تحت يده **(ولو غرمه الغاصب)** ابتداء **(لم يرجع به على المشتري)** ؛ لأن القرار عليه لا على المشتري **(وما لا فيرجع)** أي وكلّ ما لو غرمه المشتري لا يرجع به على الغاصب كالمنافع التي استوفاها لو غرمه الغاصب ابتداء رجع به الغاصب على المشتري ؛ لأن القرار عليه . نعم إن سبق من الغاصب اعتراف بالملك لم يرجع قطعاً ؛ لأنه يقول الذي ظلمني هو المدّعي ، والمظلوم لا يرجع إلا على مَن ظلمه ولو غرم قيمة العين وقت الغصب لكونها أكثر لم يرجع بالزائد على الأكثر من قيمة وقت قبض المشتري إلى التلف ؛ لأنه لم يدخل في ضمان المشتري ، ولا تستثنى هذه الصورة ؛ لأن المشتري لا يغرم الزائد ، فلا يصدق به الضابط المذكور .

فائدة : تكتب ما من كل ما إذا كانت غير ظرف ، كما هنا مفصولة وإلا فموصولة ككلما رأيت زيداً فأكرمه **(قلت)** كما قال الرّافعي في الشرح **(وكل مَن انبنت)** بنون فموحدة فنون فمثناة من فوق بضبط المصنف **(يده على يد الغاصب)** غير المشتري **(فكالمشتري)** في الضابط المذكور في الرّجوع وعدمه **(والله أعلم)** . قال الإسنوي : وقد سبق في أوّل الباب بيان ذلك ، فقال : والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان الخ فتأمل ما قاله هناك ، وقيد به ما أطلقه هنا .

خاتمة : لو وقع فصيل في بيت أو دينار في محبرة ولم يخرج الأوّل إلا بهدم البيت ، والثاني : إلا بكسر المحبرة ، فإن كان الوقوع بتفريط صاحب البيت والمحبرة فلا غرم على مالك الفصيل والدينار ، وإلا غرم الأرش ، فإن كان الوقوع بتفريطهما ، فالوجه كما قال الماوردي انه إنما يغرم النصف لاشتراكهما في التفريط كالمتصادمين ، ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج إلا بكسرها كسرت لتخليصها ولا تذبح المأكولة لذلك ، ثم إن صحبها مالكها فعليه الأرش لتفريطه ، فإن لم يكن معها ، فإن تعدى صاحب القدر بوضعها بموضع لا حق له فيه أو له فيه حق لكنه قدر على دفع البهيمة فلم يدفعها فلا أرش له ، ولو تعدى كل من مالك القدر والبهيمة فحكمه حكم ما مرّ عن الماوردي ، ولو ابتلعت بهيمة جوهرة لم تذبح لتخليصها وإن كانت مأكولة بل يغرم مالكها إن فرط في حفظها قيمة الجوهرة للحيلولة ، فإن ابتلعت ما يفسد بالابتلاع غرم قيمته للفيصولة ، ولو ابتاعها بطعام معين ، فأكلته قبل قبضه بوجه مضمون استقرّ العقد ووقع ذلك قبضاً للثمن وإلا انفسخ العقد أو بعد قبضه فقد أتلفت مالاً للبائع ، فلا ينفسخ العقد ، ولو غصب لؤلؤة ودجاجة فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة ، يقال له : إن لم تذبح الدجاجة غرّمناك قيمة اللؤلؤة ، فإن ذبحتها غرّمناك أرش الدجاجة ، ولو غصب لؤلؤة مثلاً وابتلعها وأمكن إخراجها بشرب دواء هل يلزمه ذلك أو لا ؟ أفتى القفال بأنه لا يلزمه بل يغرم القيمة : أي للحيلولة كما مرّ ، ولو غصب ثوباً فتنجس عنده لم يجز له تطهيره بغير إذن مالكه ولا يكلف تطهيره ، فإن طهره فنقص ضمن أرش النقص وإن لم يطهره فعليه مؤنة التطهير وأرش نقصه إن نقص ، ويضمن الغاصب نقص الشباب بالكبر ، ونقص النهود بتدلي الثدي ، ونقص المرودة بالالتحاء ، ونقص الفحل بالضراب أو نحو ذلك ، والولد الحاصل بضراب الفحل لمالك الأمّ وإن كانت للغاصب ولا شيء على الغاصب للإنزاء بلا نقص ؛ لأنه لا يقابل بمال .

كِتَابُ ٱلشُّفْعَةِ

كِتَـابُ ٱلشُّفْعَةِ(١)

وهي بضمّ الشين وإسكان الفاء ، وحكي ضمهـا لغة مـأخوذة من الشفـع بمعنى الضم

---

(١) اتفق العلماء على أن الشفعة مشروعة لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع .

ثم اختلفوا بعد ذلك في تحقيق الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة فقال الإمام الشافعي ومَن تبعه رحمهم الله : المقصود الضرر اللاحق بالقسمة ؛ لأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم ، فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأي موضع شاء منها ، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار ، وقصر على موضع منها ، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به ، فمكنه الشارع بحكمة ورحمة من رفع هذه المضـرة عن نفسه بـأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه ، ولم يحل الشـارع للشخص أن يبيع نصيبـه حتى يؤذن شريكه ، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به كما استفيـد من الحديث الـذي رويناه عن جـابر وإن أذن في البيع ، وقال لا غرض لي فيه لم يكن له الطلب بعد البيع . هذا مقتضى حكم رسول الله ـ ﷺ ـ ولا معارض له بوجه ، وهو الصواب المقطوع به .

قال في أعلام الموقعين : وهذه طريقة مَن يرى أنه لا شفعة إلا فيما يقبل القسمة اهـ .

وقال أهل مكة : إنما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركـة ، فإذا كـانا شـريكين في عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر ، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع ، فيزول الضرر عنهما جميعاً ، وهذا مذهب مَن يرى الشفعة في الحيوان ، والثياب ، والشجر ، والجواهر ، والدود الصغار التي لا يمكن قسمتها .

واحتجوا لقولهم هذا بحديث جابر الصحيح : «قضى رسول اللهﷺ بالشفعة في كـل ما لم يقسم» ، وهذا يتناول المنقول والعقار . قالوا : ولأن الضرر بالشركة فيما لم ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة ، فإذا كان الشارع مريداً لرفع الضرر الأدنى ، فالأعلى أولى بالرفع ، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقار والعروض المنقسمة ، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة ، لكن المشهور عن الإمام مالك رحمه الله أنها لا تجوز في كل المنقولات بل في نوع منها .

والحنفية رضوان الله عليهم يقولون : الضرر الذي قصد الشارع رفعه هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار والأرض ، فإن الجار قد يسيء الجوار غالباً فيعلي الجدار ويتبع العثار ، ويمنع ضوء النهار ، ويشرف على العورة ، ويطلع على العثرة ، ويؤذي جاره بأنواع الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه ـ كما قال الفقهاء ـ وهذا =

على الأشهر ، من شفعت الشيء ضممته ، ومنه شفع الأذان ، سميت بذلك لضمّ نصيب الشريك إلى نصيبه ، أو بمعنى التقوية أو الزيادة ، وقيل : من الشفاعة . وشرعاً : حقّ تملك قهريّ يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[1] . والأصل فيها خبر البخاري عن جابر رضي الله عنه «قَضَى رَسُولُ ٱللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ ، فَإِذَا وَقَعَت

= مما يشهد به الواقع .

ولا يظن ظان أن ضرر الدخيل موهوم ربما يكون وربما لا يكون ؛ لأنه مميز عاقل فيمنعه عقله من الإضرار بالغير وضرر المشتري ـ وهو أخذ الملك منه بلا رضاه ـ متحقق فلا يلتزم الضرر المتحقق لدفع الضرر الموهوم ، ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة لا يُظَن ، فإن ضرر الدخيل ليس موهوماً بل هو غالب فإن الإنسان لا يمكنه الانتفاع بملكه مدة عمره ، ولا يتأذى من جاره فنحن نرفع الضرر قبل حلوله ؛ لأنه إذا نزل ربما يمكن دفعه وربما لا يمكن ، فلا فائدة إذاً في الاشتغال بالدفع والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن ، فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج ، وربما يحصل في المقابلة ضرر فوق ضرر سوء الصحبة .

وقد يعترض بالمملوك بالإرث والهبة والوصية فإنه لا شفعة فيها مع وجود العلة ، فلا يصلح ما ذكرتموه حكمة .

فنقول : عدم الثبوت في هذه الأشياء لقلة وجودها ، وترتب الأحكام الشرعية التي يتعلق الابتلاء بها إنما هو على الحوادث التي كثر وقوعها ، وأيضاً فإن الشفعة لا يخلو إما أن يثبت فيها بعوض أو بغير عوض ، وكل من الشقين باطل . أما بطلان الشق الأول فلأن الإرث والهبة ـ التي تكون بغير عوض ـ والوصية لا تكون بإزاء المال ، فالشفيع إن استحقها بالعوض لزم الاستحقاق في الأشياء التي يكون استحقاقها بلا عوض بالعوض هذا خلف ، وأما بطلان الشق الثاني فلأن الشفيع إن استحقها بغير عوض يلزم ثبوت الشفعة بغير عوض ، وهذا غير مشروع في الشفعة .

وعلى وجه العموم فهو حق أوجبته الشريعة لدفع المضارة بين الناس في معاملتهم ، وفي صحبتهم ، وفي معيشتهم .

وهو على ما نرى معقول فالناس كما قلنا آنفاً مختلفو المشارب في الصحبة ونظام المعاملة ، والمجاورة ، فإن سوء الجوار أشد العذاب في التقدير والترجيح .

(١) الشفعة لغة : قال صاحب «المطالع» : الشفعة : مأخوذة من الزيادة ، لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه ، هذا قول ثعلب . كأنه كان وتراً فصار شفعاً ، والشافع : هو الجاعل الوتر شفعاً ، والشفيع : فعيل بمعنى فاعل .

انظر : الصحاح ١٢٣٨/٣ ، المغرب ٤٤٨/١ ، المصباح المنير ٤٨٥/١ .

اصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع وتثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به رضي المتبايعان أو شرطا .

عرّفها المالكية بأنها : استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه .

عرّفها الحنابلة بأنها : استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها .

انظر : الاختيار ٥٦/٢ ، حاشية ابن عابدين ١٨٨/٥ ، فتح القدير ٣٦٨/٩ ، المبسوط ٩٠/١٤ ، حاشية البيجرمي ١٤٥/٣ ، منح الجليل ٥٨٢/٣ ، الإنصاف ٢٥٠/٦ ، الكافي ٤١٦/٢ .

لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ ، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعاً

الحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»[1] وفي رواية له «فِي أَرْضٍ أَوْ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ» والربع : المنزل ، والحائط : البستان . والمعنى فيه ضرر مؤنة القسمة أو استحداث المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه ، وقيل : دفع ضرر المشاركة . قال الشيخ عز الدين : والعفو عنها أفضل إلا أن يكون المشتري نادماً أو مغبوناً ، وذكرت عقب الغصب ؛ لأنها تؤخذ قهراً فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً ، وحكى ابن المنذر فيها الإجماع لكن نقل الرافعي عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها . قال الدميري : ولعل ذلك لم يصح عنه . وأركانها ثلاثة : مأخوذ ، وآخذ ، ومأخوذ منه ، والصيغة إنما تجب في التمليك كما سيأتي ، وقد شرع المصنف في بيان الركن الأوّل ، فقال (لا تثبت) الشفعة (في منقول) كالحيوان والثياب ، سواء أبيعت وحدها أم مضمونة إلى أرض للحديث المارّ فإنه يخصها بما تدخله القسمة والحدود والطرق ، وهذا لا يكون في المنقولات ؛ ولأن المنقول لا يدوم ، بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر المشاركة والشفعة تملك بالقهر ، فناسب مشروعيتها عند شدّة الضرر ، والمراد بالمنقول ابتداء لتخرج الدار ، إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة ، فإن نقضها يؤخذ بالشفعة .

تنبيه : قول المصنف لا تثبت أولى من قول التنبيه لا تجب (**بل في أرض وما فيها من بناء**) وتوابعه الداخلة في مطلق البيع من أبواب منصوبة ورفوف مسمرة ومسامير ومفاتيح غلق مثبت ودولاب ثابت وحجر الطاحونة ونحوها كغطاء تنّور (و) من (**شجر تبعاً**) لها ، وفي معنى الشجر أصل ما يجزّ مراراً كالقتّ والهندباء ، وشرط تبعية البناء والشجر للأرض أن تباع الأشجار مع البياض الذي يتخللها أو مع البستان كله ، فلو باع شقصاً من جداره وأساسه فقط أو من أشجار ومغارسها فقط فإنه لا شفعة على الأصح ؛ لأن الأرض هنا تابعة . قال السبكي : وينبغي أن تكون صورة المسألة حيث صرّح بدخول الأساس

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٠٧ في البيوع «٢٢١٣» . وفي ٤/٤٠٨ بيع الأرض والدور «٢٢١٤» . وفي ٤/٤٣٦ في الشفعة «٢٢٥٧» .
وأخرجه مسلم ٣/١٢٢٩ في المساقاة «١٣٤/١٦٠٨» .
وأخرجه أبو داود ٣/٢٨٥ في البيوع «٣٥١٤» .
وأخرجه الترمذي ٣/٦٥٢ ـ ٦٥٣ في الأحكام «١٣٧٠» .
وأخرجه ابن ماجه ٢/٨٣٥ في الشفعة «٢٤٩٩» .

وَكَذَا ثَمَـرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ في الأَصَحِّ ، وَلَا شُفْعَةَ في حُجْـرةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَـرِكٍ ، وَكَذا مُشْتَـرَكٌ في الأَصَحِّ ، وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ المَقْصُودَةُ كَحمَّامٍ وَرَحىً لَا شُفْعَـةَ فِيهِ في ٱلأَصَحِّ ،

والمغرس في البيع وكانا مرئيين قبل ذلك ، فإنه إذا لم يرهما وصرّح بدخولهما لم يصحّ البيع في الأرض . فإن قيل كلامهم في البيع يقتضي أنه إذا قال : بعتك الجدار وأساسه أنـه يصحّ وإن لم ير الأساس . أجيب بأن المراد بذلك الأساس الذي هو بعض الجدار كحشو الجبة . أما الأساس الذي هو مكان البناء ، فهـو عين منفصلة لا تدخـل في البيع عنـد الإطلاق على الأصح ، فإذا صرّح به آشترط فيه شروط المبيع . قال الإسنوي : واحترز بقولـه : تبعاً عمـا إذا باع أرضاً وفيها شجرة جافة شرطاً دخولها في البيع فإنه لا يؤخذ بالشفعة ؛ لأنها لم تدخل بالتبع بل بالشرط (**وكذا ثمر لم يؤبر**) تثبت فيه تبعاً للأرض (**في الأصحّ**) ؛ لأنه يتبع الأصـل في البيـع فيتبعه في الأخـذ قياساً على البناء والغـراس ولـو لم يتفق الأخـذ لهـا حتى أبـرت لدخولها في مطلق البيع . والثاني : لا ؛ لأنه لا يراد به التأبيـد ، وعلى الأوّل لا فرق بين أن انقـطع أم لا وكذا كـل ما دخـل في البيع ثم انقـطعت تبعيته ، فـإنه يؤخـذ بالشفعـة كما لـو انفصلت الأبواب بعد البيع ويأخـذ الشفيع الشجـر بثمرة حـدثت بعد البيـع ، ولم تؤبر عنـد الأخذ ؛ لأنها قـد تبعت الأصل في البيـع فتبعته في الأخـذ ، بخلاف مـا إذا أبرت عنـده فلا يأخذها لانتفاء التبعيـة . أما المؤبـرة عند البيـع إذا دخلت بالشـرط ، فلا تؤخـذ لما سبق من انتفاء التبعية فتخرج بحصتها من الثمن : كـالزرع والجـزّة الظاهـرة التي لا تدخـل في مطلق البيع مما يتكرّر ويبقى كل ما لا يأخذه من ثمرة وزرع وجـزة إلى أوان الجذاذ (**ولا شفعـة في حجرة بنيت على سقف غير مشترك**) ، بأن اختصّ به أحد الشريكين فيها أو غيـرهـما ، إذ لا أرض لهـا ، فهي كالمنقـولات (**وكذا**) سقف (**مشتـرك في الأصحّ**) ؛ لأن السقف الـذي هـو أرضها لإثبات له أيضاً . والثاني : يجعله كالأرض ، ولو كان السفل مشتركاً بين اثنين والعلو لأحدهما فباعه ونصيبـه من السفل ، فـالشفعة في نصيبـه من السفل ، لا في العلو ، لأنـه لا شركة له فيه ، وهكذا لو كانت الأرض مشتركة وفيها أشجار لأحدهما فباعه مع نصيبه منهـا ، فـالشفعـة في الأرض بحصتهـا من الثمن لا في الشجـر (**وكـلّ مـا لـو قسم بـطلت منفعتـه المقصودة كحمام ورحى**) أي طاحونة صغيرين لا يجيء منهما حمامان وطاحونتان كمـا ذكره في باب القسمة (**لا شفعـة فيه في الأصـحّ**) هذا الخـلاف مبنيّ على ما مـرّ من أن علة ثبوت

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ ،

الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق الخ ، والثاني : مبنيّ على أن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم ، وكلّ من الضررين حاصل قبل البيع ، ومن حقّ الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منهما بالبيع له ، فإذا باع لغيره سلطه الشرع على أخذه منه ، لما روى مسلم عن جابر «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شركة رَبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» .

تنبيه : المراد بإمكان القسمة : أن يكون في الأرض دون الآلات كحجر الطاحون فإنه لا يمكن قسمه حجرين ، وعبر في المحرّر بالطاحونة فعدل المصنف إلى الرحى ، وهما مترادفان كما قاله الجوهري . قال السبكي : ولا أدري بأيّ معنى عدل عن عبارة المحرّر ، وفي بلادنا أن الطاحون يطلق على المكان والرحى على الحجر ، ومن المعلوم أن الحجر ليس المراد هنا فإنه منقول ، والشفعة إنما تثبت فيه تبعاً للمكان ، فالمراد المكان المعدّ للطحن اهـ . قال ابن شهبة : فتعبير المحرّر أولى ، ويثبت لمالك عشر الدار الصغيرة إن باع مالك تسعة الأعشار نصيبه ؛ لأنه لو طلب من مالك العشر القسمة أجبر عليها ، بخلاف ما لو باع مالك العشر نصيبه فإن الشفعة لا تثبت للآخر لأمنه من القسم ، إذ لا فائدة فيها فلا يجاب طالبها لتعنته ، ولو باع نصيبه من أرض تنقسم وفيها بئر ماء لا تنقسم ، ويسقى منها ثبتت الشفعة في الأرض دون البئر ، بخلاف الشجر الثابت في الأرض ؛ لأنه ثابت في محل الشفعة والبئر مباينة عنه . ثم شرع في بيان الرّكن الثاني ، وهو الأخذ ، فقال : **(ولا شفعة إلا لشريك)**[1] في رقبة العقار فلا تثبت للجار لخبر البخاري المارّ ، ولا للشريك في غير

(١) بعد أن اتفق الحنفية ومعارضوهم على ثبوت حق الشفعة اختلفوا في تحقيق الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة ، وهذا ينتج طبعاً مَن له حق الشفعة : فلما قال الحنفية : هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار أثبتوا للشريك والجار حقاً . ولما قال الشافعية : هو ضرر القسمة ، وقال المالكية : هو ضرر الشركة لم يثبتا لغير الشريك في الملك حقاً .

ومما يناسب ذكره هنا ـ قبل أن ندلي بحجة كل فريق ـ بيان مقصود الفقهاء من الشركاء والجيران أشريك خاص وجارٌ كذلك . أم مطلق شريك وجار ؟

قالوا : الشركة في الشفعة على نوعين : شركة في نفس العقار المبيع ، وخلطة أو شركة في حقوقه .

فالشركة في نفس العقار المبيع هي أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة ، فإن كانت حصة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه ، والمشارك في أرض حائط الدار يعتبر مشاركاً في نفس العقار .

أما الخلطة أو الشركة في حقوق العقار المبيع فهي عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص أو الطريق =

وَلَـوْ بَاعَ دَاراً وَلَـهُ شَرِيـكٌ

رقبة العقار كالشريك في المنفعة فقط ، كأن ملكها بوصية ، ولو قضى بالشفعة للجار حنفيٌّ لم ينقض حكمه ، ولو كان القضاء بها لشافعي كنظائره من المسائل الاجتهادية ، وتثبت لذميٍّ على مسلم ومكاتب على سيد كعكسهما ، ولو كان للمسجد شقص من دار مشتركة بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه كان للقيم أن يأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة ، ولو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه كان للإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة ، ولا شفعة لصاحب شقص من أرض مشتركة موقوف عليه ، إذا باع شريكه نصيبه ولا شريكه إذا باع شريك آخر نصيبه كما أفتى به البلقيني لامتناع قسمة الوقف عن الملك ، ولانتفاء ملك الأوّل عين الرقبة . نعم ما اختاره الرّوياني ، والمصنف من جواز قسمته عنه لا مانع من أخذ الشافعي ، وهو المعتمد إن كانت القسمة قسمة إفراز (ولو باع داراً وله شريك

= الخاص سواء كان الطريق خاصاً بدار واحدة أو بجملة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ ، فإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ فجميع أهله شفعاء يستوي فيه الملاحق والمقابل ، والأعلى والأسفل .

والشرب الخاص قيل : إنه النهر الصغير الذي لا تجري فيه السفن ، وقيل : الخاص ما ينفرد ماؤه بين الشركاء ، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي ، ولا يكون له منفذ ، والعام ما يتفرق ويبقى له منفذ ، وعامة المشايخ على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون ، واختلفوا فيما لا يحصى فقدره بعضهم بخمسمائة ، والبعض بمائة ، والبعض بأربعين ، وقدره آخرون بعشرة ، والأصح أنه مفوض إلى رأي المجتهدين في كل عصر .

والطريق الخاص هو الذي لا ينفذ ، والمراد بذلك أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم فلو كان فيه مسجد فنافذ .

أما الطريق العام فلا شفعة به لصاحب الملك المقابل للعقار المبيع ، ولو تقاربت الأبواب ؛ لأن التقارب لا عبرة له إلا في التقديم . أما الشفعة فالمعتبر فيها هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق سواء كان باب داره في طريق المبيع أو في غيره .

والجار هو مَن له عقار متصل بالعقار المبيع ، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء ، أما لو كان عقار الجار منفصلاً عن العقار المبيع انفصالاً تاماً ولو بقدر شبر أو أقل فلا يكون جاراً مستحقاً للشفعة . وقيل : إن كان الفاصل صغيراً بحيث لا يصح أن يكون ممراً ثبتت الشفعة للجوار حكماً ، وإلا فلا شفعة . والأول هو المعتمد ، وإن كان السفل لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً ، وهذا إذا كان ممر كل منهما منفصلاً عن الآخر أما إذا كان ممرهما واحداً فيعتبر كل منهما شريكاً للآخر في حق المرور ، ومَن كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك له فيه أو كان شريكاً في خشبة موضوعة على حائط يعتبر جاراً ملاصقاً ، وكذلك الشريك في بناء الحائط دون الأرض القائم عليها يعتبر جاراً ملاصقاً لا شريكاً ؛ لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول .

فالحاصل أن مَن له حق الشفعة هم ـ الشريك في الملك ـ والشريك في حقوقه ـ والجار ، فالأول متفق عليه بين الجميع لما روي في شأنه من حديث ولما فيه من العلة التي ارتضاها كل فريق ، وأما الثاني والثالث فعلى الخلاف . فالشافعية والمالكية لا يرون لهما شفعة ، والحنفية يثبتونها لهما .

فِي مَمَرِّهَا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا،وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُهَا فِي المَمَرِّ إنْ كانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَر إلَى الدَّارِ ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ بَابٍ إلَى شَارِعٍ وَإِلَّا فَلَا . وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ

في ممرّها) فقط التابع لها ، فإن كان درباً غير نافذ (فلا شفعة له فيها) لانتفاء الشركة فيها ، فأشبه ما لو باع عقاراً غير مشترك وشقصاً مشتركاً (والصحيح ثبوتها في الممر) بحصته من الثمن (إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار أو أمكن فتح باب) لها (إلى شارع) أو إلى ملكه لإمكان الوصول إليها من غير ضرر وإن آحتاج إحداث الممرّ إلى مؤنة على الأصحّ (وإلا) أي وإن لم يكن شيء من ذلك ، (فلا) تثبت فيه لما فيه من إضرار المشتري ، والضرر لا يزال بالضرر ، والثاني : تثبت فيه والمشتري هو المضرّ بنفسه بشرائه هذه الدار ، والثالث : المنع مطلقاً إذا كان في اتخاذ الممرّ عسر أو مؤن لها وقع ؛ لأن فيه ضرراً ظاهراً .

تنبيه : محلّ الخلاف إذا لم يتسع الممرّ ، فإن اتسع بحيث يمكن أن يترك للمشتري منه شيء يمرّ فيه تثبت الشفعة في الباقي قطعاً ، وفي المقدار الذي لا يتأتى المرور بدونه الخلاف . قال ابن الرفعة : أما الدرب النافذ فغير مملوك فلا شفعة في ممرّ الدار المبيعة منه قطعاً ، ولو باع نصيباً يقسم من ممرّ ؛ لا ينفذ فلأهله الشفعة ؛ لأنهم شركاء فيه ، ولو باع نصيبه من الممرّ خاصة ، ففي الرّوضة وأصلها أن للشريك الشفعة إن كان منقسماً . فإن قيل الممرّ من حريم الدار ، وهو لا يصح بيعه ؛ ولأنه يؤدّي إلى بقاء الدار بلا ممرّ فهو كمن باع داراً واستثنى لنفسه منها بيتاً ، والأصحّ في زيادة الرّوضة بطلانه . أجيب بأن الدار متصلة بملكه أو شارع ، ولو اشترى مَن له دار لا ممرّ لها نصيب أحد الشريكين في ممرّ ثبتت الشفعة ، وإن لم يمكن المشتري تحصيل ممرّ كما هو ظاهر كلام أصل الرّوضة ؛ لأن الممرّ ليس من حقوق الدار قبل البيع ، وبهذا فارقت مسألة الكتاب ، والشركة في صحن الخان دون بيوته ، وفي مجرى الماء دون الأرض ، وفي بئر المزرعة دون المزرعة كالشركة في الممرّ فيما مرّ . ثم شرع في بيان الركن الثالث ، وهو المأخوذ بالشفعة ، فقال (وإنما تثبت) الشفعة للشريك القديم (فيما ملك) أي في شيء ملكه الشريك الحادث (بمعاوضة) محضة كالبيع ، أو غير محضة كالمهر . أما البيع فبالنصّ ، والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر ، فلا تثبت الشفعة فيما ملك بغير معاوضة كارث وهبة بلا ثواب ووصية وفسخ . أما المملوك بالإرث ، فلأنه قهريّ فلم يضرّ بالشريك ، بخلاف المشتري فإنه كان من حقه أن لا يدخل على الشريك ضرراً ، فلما لم يفعل تسلط الشريك

مِلْكاً لَازِماً مُتأَخِّراً عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ كَمَبِيعٍ وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وصُلْحِ دَمٍ ، ونُجُومٍ وأُجْرَةٍ ورَأسِ مَالِ سَلمٍ ، ولَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الخِيَارُ ،

عليه ، وأما ما ملك بالهبة والوصية والفسخ ؛ فلأنه لا عوض فيها فتؤخذ به ، وصورة مسألة الفسخ : أن يعلم بالبيع ، فلم يأخذ ثم انفسخ بعيب أو إقالة أو فلس أو نحو ذلك . أما إذا لم يعلم بالبيع إلا بعد صدور الفسخ فإن له ردّ الفسخ ، والأخذ بالعقد الأوّل ، وقوله (**ملكاً لازماً**) قيد مضرّ لا حاجة إليه لثبوت الشفعة في مدّة خيار المشتري كما سيأتي ، وعدم ثبوتها في مدّة خيار البائع أو خيارهما كما سيأتي إنما هو لعدم الملك الطارىء لا لعدم اللزوم . نعم لو شرط الخيار في الثمن للبائع لم تثبت الشفعة إلا بعد لزومه لئلا يبطل خياره ، نبّه عليه الإسنوي (**متأخراً**) سببه (**عن**) سبب (**ملك الشفيع**) . ثم شرع في أمثلة المعاوضة المذكورة ، فقال(**كمبيع ومهر وعوض خلع** ، و) عوض (**صلح دم**) في جناية العمد ، فإن كانت خطأ أو شبه عمد فالواجب فيها إنما هو الإبل والمصالحة عنها باطلة على الأصحّ لجهالة صفاتها .

تنبيه : تقييد الصلح بالدم ليس لإخراج الصلح عن المال فإنه تثبت الشفعة فيه قطعاً ، وإنما خصصه ليكون منتظماً في سلك الخلع من حيث إنه معاوضة غير محضة ، وقوله (**ونجوم**) أي وعوض صلح عن نجوم كتابة ، كأن ملك المكاتب شقصاً فصالح سيده به عن النجوم التي عليه وإلا فالشقص لا يكون نجوم كتابة ؛ لأن عوضها لا يكون إلا ديناً ، والشقص لا يتصوّر ثبوته في الذمة ، وهذا مبنيّ على صحة الاعتياض عن النجوم ، وهو وجه نصّ عليه في الأمّ ، وصححه السبكي ، والصحيح المنع كما صححاه في كتاب الكتابة ؛ لأنه غير مستقرّ كالمسلم فيه ، وقوله (**وأجرة ورأس مال سلم**) هما معطوفان على مبيع ، فلو جعلهما قبل المهر كان أولى لئلا يتوهم عطفهما على خلع فيصير المراد عوض أجرة وعوض رأس مال سلم ، وليس مراداً ؛ لأن رأس مال السلم لا يصح الاعتياض عنه ، ولو قال لمستولدة : إن خدمت أولادي بعد موتي سنة فلك هذا الشقص فخدمتهم فلا شفعة فيه لأنه وصية (**ولو شرط في البيع الخيار لهما**) أي المتبايعين (أو) شرط (**للبائع**) وحده (**لم يؤخذ**) ذلك الشقص (**بالشفعة حتى ينقطع الخيار**) سواء أقلنا : الملك في زمنه للبائع أم للمشتري أم موقوف .

وإنْ شُرطَ لِلْمُشْتَرِي وحْدَهُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ إنْ قُلْنَا الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي وإلاَّ فَلاَ، ولَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيْباً وأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ، ويَرْضَى بِالْعَيْبِ فَالأَظْهَرُ إجَابَةُ الشَّفِيعِ ، ولَوِ اشْتَرَى اثْنَانِ دَاراً أَوْ بَعْضَهَا فَلاَ شُفْعَةَ لأَحَدِهِما عَلَى الآخَرِ،

تنبيه : قوله : لهما من زيادته ولا حاجة إليه ، فإن المانع ثبوته للبائع **(وإن شرط للمشتري وحده ، فالأظهر أنه يؤخذ)** بالشفعة **(إن قلنا : الملك)** في زمن الخيار **(للمشتري)** وهو الرّاجح كما سبق في باب الخيار **(وإلا)** بأن قلنا : الملك في زمنه للبائع أو موقوف ، **(فلا)** يؤخذ بالشفعة زمنه ، لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأوّل ، وغير معلوم الزوال على التقدير الثاني .

تنبيه : كلامه يشعر بأن الخلاف في هذا الشق قولان وليس مراداً بل هو وجهان ، وما ذكر في خيار الشرط يجري في خيار المجلس ويتصوّر انفراد أحدهما بإسقاط الآخر خيار نفسه ، فلو عبر بثبت الخيار لكان أولى ، وقد علم بما تقرّر أن مجرّد البيع ونحوه لا يكفي في ثبوت الشفعة بل لا بدّ فيه من ملك المشتري أو من في معناه كما أشار إليه المصنف بقوله فيما ملك **(ولو وجد المشتري بالشقص)** بكسر المعجمة اسم للقطعة من الشيء **(عيباً وأراد)** المشتري **(رده بالعيب وأراد الشفيع أخذه ويرضى بالعيب فالأظهر إجابة الشفيع)** ، حتى لا يبطل حقه من الشفعة ؛ لأن حقه سابق على حق المشتري فإنه ثابت بالبيع وحقّ المشتري في الرد ثابت بالاطلاع . والثاني : إجابة المشتري ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقرّ العقد وسلم عن الرد ، ويجري الخلاف إذا كان الثمن معيباً كعبد وأراد البائع رده ، وعلى الأوّل لو رد المشتري قبل مطالبة الشفيع كان للشفيع أن يرد الرد ويأخذه في الأصح ، وهل يفسخ الرد أو يتبين أنه كان باطلاً وجهان : صحح السبكي الأول وفائدتهما كما قال في المطلب : الفوائد والزوائد من الرد إلى الأخذ ، ويلتحق بالرد بالعيب الرد بالإقالة ، ولو أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول فللشفيع أخذ النصف الذي آستقرّ لها ، وكذا العائد للزوج لثبوت حق الشفيع بالعقد والزوج إنما ثبت حقه بالطلاق ، ومثله ما لو أفلس المشتري قبل الأخذ .

تنبيه : جزم المصنف بأن الخلاف قولان وعبارة الروضة قولان وقيل وجهان . ثم شرع في محترز قوله متأخراً عن ملك الشفيع فقال : **(ولو اشترى اثنان)** معاً **(داراً أو بعضها**

وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ في الأَرْضِ فَالأَصَحُّ أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ المَبِيعِ بَلْ حِصَّتَهُ ، وَلَا يُشْتَرَطُ في التَّمَلكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَلَا حُضُورُ المُشْتَرِي ، وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ الشَّفِيعِ كَتَمَلَّكْتُ أَوْ أَخَذْتُ بِالشُّفْعَةِ ،

فلا شفعة لأحدهما على الآخر) لاستوائهما في وقت حصول الملك .

تنبيـه : أورد عليه ما لو باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه في زمن الخيار بيع بتّ فالشفعة للمشتري الأوّل إن لم يشفع بائعه لتقدّم سبب ملكه على سبب ملك الثاني ، لا للثاني وإن تأخر عن ملكه ملك الأوّل لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأوّل ، وكذا لو باعا مرتباً بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معاً أم أحدهما قبل الآخر ، فلو عبر المصنف بسبب الملك كما قدرته كان أولى من تعبيره بالملك وتثبت الشفعة لكل من الشركاء وإن كان المشتري من جملتهم كما يشير إليه قوله **(ولو كان للمشتري شرك)** بكسر المعجمة بخط المصنف أي نصيب **(في الأرض)** ؛ كأن تكون بين ثلاثة أثلاثاً فباع أحدهم نصيبه لأحد شريكيه **(فالأصح أن الشريك لا يأخذ كل المبيع)** وهو الثلث في هذا المثال **(بل)** يأخذ **(حصته)** أي نصيبه منه ، وهي في هذا المثال السدس لاستوائهما في الشركة . والثاني : يأخذ المبيع ، وهو الثلث ولا حقّ فيه للمشتري ؛ لأن الشفعة تستحق على المشتري فلا يستحقها على نفسه، وأجاب الأوّل، بأنا لا نقول استحقها على نفسه بل دفع الشريك عن أخذ نصيبه، فلو قال المشتري: خذ الكل أو أتركه وقد أسقطت حقي لك لم تلزمه الإجابة ولم يسقط حق المشتري من الشفعة.

تنبيـه : قوله في الأرض مثال لا حاجة إليه ثم شرع في كيفية الأخذ بالشفعة فقال **(ولا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم)** بها لثبوتها بالنص **(ولا إحضار الثمن)** كالبيع بجامع أنه تملك بعوض ، وكان ينبغي أن يقول : ولا ذكر الثمن **(ولا حضور المشتري)** ولا رضاه كالرد بالعيب **(و)** لكن **(يشترط لفظ من الشفيع كتملكت أو أخذت بالشفعة)** ونحو ذلك كاخترت الأخذ بالشفعة ، ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المفهمة ، ولا يكفي المعاطاة كما مرّ في البيع ، ولا أنا مطالب بالشفعة ونحو ذلك .

تنبيه : عدم آشتراط هذه الأمور الثلاثة قال ابن الرفعة : مشكل بما سيذكره عقبه من أنه لا بدّ من أحد هذه الأمور أو ما يلزم منه أحدها ، ثم قال : وأقرب ما يمكن أن يحمل

وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذٰلِكَ إِمَّا تَسْلِيمُ الْعِوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسَلُّمَ مَلَكَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ، وَإِمَّا رِضَى الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ، وَإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ ،

عليه أن مجموع الثلاثة لا تشترط . قال الإسنوي : وهذا الحمل لا يستقيم مع تكرار لا النافية ، بل الحمل الصحيح أن كل واحد بخصوصه لا يشترط . وقال الزركشي : ما قاله ابن الرفعة عجيب منه ؛ لأن المراد هنا الأخذ بالشفعة وهو قوله أخذت بالشفعة وهو لا يشترط فيه شيء من ذلك لثبوته بالنص . وأما حصول الملك فيشترط فيه ما سيأتي . قال ابن شهبة : ويرد هذا قول المصنف : ولا يشترط في التملك بالشفعة اهـ وهذا لا يرده ؛ لأنه قال ؛ لأن المراد ، ولذلك قال شيخنا في منهجه لا يشترط في ثبوتها . قال في شرحه : وهو مراد الأصل كغيره بقوله ولا يشترط في التملك **(ويشترط مع ذلك)** أي اللفظ المذكور **(إما تسليم العوض إلى المشتري)** أو التخلية بينه وبينه إذا امتنع **(فإذا تسلمه)** من الشفيع أو خلى بينه وبينه عند الامتناع **(أو ألزمه القاضي التسلم)** بضم اللام حيث امتنع منه أو قبضه القاضي عنه **(ملك الشفيع الشقص)** ، لأنه وصل إلى حقه في الحالة الأولى ومقصر فيما بعدها **(وإما رضى المشتري بكون العوض في ذمته)** أي الشفيع حيث لا ربا سواء أسلم الشقص أم لا ؛ لأن الملك في المعاوضة لا يتوقف على القبض ، فإن كان ربا كأن كان المبيع صفائح ذهب أو فضة والثمن من الآخر لم يكفِ الرضا بكون الثمن في الذمّة بل يعتبر التقابض كما هو معلوم من باب الربا **(وإما قضاء القاضي له)** أي الشفيع **(بالشفعة)** أي ثبوت حقها كما قاله في المطلب لا بالملك **(إذا حضر مجلسه ، وأثبت حقه)** في الشفعة واختار التملك **(فيملك به)** أي القضاء **(في الأصح)** ؛ لأن اختيار التملك قد تأكد بحكم الحاكم . والثاني : لا يملك بذلك ؛ لأنه لم يرض بذمّته .

تنبيه : اشتراط المصنف أحد هذه الأمور يفهم أنه لا يكفي التملك عند الشهود ؛ وهو كذلك كما هو أظهر الوجهين في الوجيز ورجحه ابن المقري ولو عند فقد القاضي كما هو ظاهر كلامهم وإن قال ابن الرفعة لا يبعد التفصيل كما في مسألة هرب الجمال حيث يقوم الإشهاد مقام القضاء ؛ لأن الضرر هناك أشدّ منه هنا ، ويشترط في التملك أيضاً أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأوّل وهو تسليم العوض لم يكن له أن يتسلم الشقص حتى يؤدّي الثمن وأن تسلمه المشتري قبل أداء الثمن ، ولا يلزم

وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصاً لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى المَذْهَبِ .

فصــل

إن اشْتَرَى بِمِثْلِيّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ، أَوْ بِمُتَقَوِّمٍ فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ ،

المشتري أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه ، فإن غاب ماله أمهل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يحضر الثمن فسخ الحاكم التملك ، وقيل : يبطل بلا فسخ ، وليس للشفيع خيار مجلس لما مرّ في بابه (**ولا يتملّك شقصاً لم يره الشفيع على المذهب**) بناء على منع بيع الغائب ، وقيل : يتملكه قبل الرؤية بناء على صحة بيع الغائب ، وله الخيار عند الرؤية ، وليس للمشتري منعه من الرؤية . والطريق الثاني القطع بالأوّل ؛ لأن الأخذ بالشفعة قهري لا يناسبه إثبات الخيار فيه .

تنبيه : أشعر اقتصاره على رؤية الشفيع أنه لا يشترط أن يراه المأخوذ منه وهو كذلك . قال الإسنوي : وسببه أنه قهري ، ويتصوّر ذلك في الشراء بالوكالة وفي الأخذ من الوارث .

فرع : لا يتصرّف الشفيع في الشقص قبل قبضه وإن سلم الثمن للمشتري وله الرد بالعيب عليه ، فإن قبضه بإذن المشتري ، وأفلس بالثمن رجع فيه المشتري كما في البيع في ذلك كله ، وللمشتري التصرّف فيه بعد الطلب وقبل التملك ؛ لأنه ملكه بخلافه بعد التملك كما سيأتي .

فصــل

فيما يؤخذ به الشقص وفي الاختلاف في قدر الثمن مع ما يأتي معهما (**إذا اشترى**) شخص شقصاً من عقار (**بمثلي**) كبرّ ونقد (**أخذه**) منه (**الشفيع بمثله**) إن تيسر لأنه أقرب إلى حقه ، فإن لم يتيسر وقت الأخذ فبقيمته ، ولو قدر الثمن بغير معيار الشرع كقنطار حنطة أخذه بمثله وزناً على الأصح في الرافعي في باب القرض ، وقيل : يكال ويؤخذ بقدره كيلاً ، وحكاه في الكفاية عن الجمهور (**أو بمتقوّم**) كعبد وثوب (**فبقيمته**) لتعذر المثل . قال ابن الرفعة : ويظهر أن الشفيع لو ملك الثمن قبل الأخذ تعين الأخذ به لا سيما المتقوّم ؛ لأن العدول عنه إنما كان لتعذره ، ويحتمل خلافه لما فيه من التضييق اهـ والأوّل أوجه ، وتعتبر القيمة (**يوم**) أي وقت (**البيع**) ؛ لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة ، ولا -

وَقِيلَ يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الخِيَارِ ، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي الحَالِ أَوْ يَصْبِرَ إِلَى المَحِلِّ وَيَأْخُذَ وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ

اعتبار بما يحدث بعدها لحدوثه في ملك البائع **(وقيل يوم)** أي وقت **(استقراره بانقطاع الخيار)** كما يعتبر الثمن حينئذ وجرى على هذا القول في التنبيه ونبهت في شرحه على ضعفه ، ولو جعل الشريك الشقص رأس مال سلم أخذه الشفيع بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً ، وبقيمته إن كان متقوّماً أو صالح به عن دين أخذه بمثله أو قيمته كذلك ، أو صالح به عن دم عمد ، أو استأجر به ، أو أمتعه أخذه بقيمة الدية وقت الصلح ، أو أجرة المثل لمدّة الإجارة ، أو متعة حال الإمتاع ، وإن أقرضه أخذه بعد ملك المستقرض بقيمته ويصدق الدين فيما ذكر بالحال ، ويقابله قوله **(أو)** اشترى **(بمؤجل فالأظهر)** الجديد وجزم به جمع **(أنه)** أي الشفيع لا يأخذ بمؤجل بل هو **(مخير بين أن يعجل)** الثمن للمشتري **(ويأخذ)** الشقص **(في الحال ، أو يصبر إلى المحل)** بكسر المهملة بخطه وهو الحلول **(ويأخذ)** بعد ذلك ولا يسقط حقه بتأخيره لعذره ، لأنا لو جوّزنا له الأخذ بالمؤجل لأضررنا بالمشتري ؛ لأن الذمم تختلف وإن ألزمناه الأخذ في الحال بنظيره من الحال أضررنا بالشفيع ؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن ، فكان ذلك دافعاً للضررين وجامعاً للحقين ، ولا يجب على الشفيع إعلام المشتري بالطلب على أشهر الوجهين في الشرحين ، وما وقع في أصل الروضة من أن عليه ذلك نسب لسبق القلم . والثاني : يأخذه بالمؤجل تنزيلاً له منزلة المشتري . والثالث : يأخذه بسلعة لو بيعت إلى ذلك الأجل لبيعت بذلك القدر .

تنبيه : لو اختار على الأوّل الصبر إلى الحلول ، ثم عنّ له أن يعجل الثمن ويأخذ . قال في المطلب : فالذي يظهر أن له ذلك وجهاً واحداً . قال الأذرعي وغيره : وهو ظاهر إذا لم يكن زمن نهب يخشى منه على الثمن المعجل الضياع ، ولو كان الثمن منجماً . قال الماوردي : فالحكم فيه كالمؤجل فيعجل أو يصبر حتى يحل كله ، وليس له كلما حل نجم أن يعطيه ويأخذ بقدره لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري . قال : ولو رضي المشتري بدفع الشقص وتأجيل الثمن إلى محله وأبى الشفيع إلا الصبر إلى المحل بطلت الشفعة على الأصح ، ولو حل الثمن على المشتري بموته أو نحوه كردّة لا يتعجل الأخذ على الشفيع بل يستمر على خيرته ، ولو مات الشفيع فالخيرة لوارثه **(ولو بيع شقص وغيره)** مما لا شفعة فيه من منقول كنقد أو أرض أخرى لا شركة فيها للشفيع صفقة واحدة

أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْقِيمَةِ ، وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا وَكَذَا عِوَضُ الْخُلْعِ ، وَلَوِ اشْتَرَى بِجِزَافٍ وَتَلِفَ امْتَنَعَ الأَخْذُ ،

(أخذه) أي الشقص لوجود سبب الأخذ دون غيره (بحصته) أي بقدرها (من القيمة) باعتبار القيمة وقت البيع ؛ لأنه وقت المقابلة ، فلو كان الثمن مائة ، وقيمة الشقص ثمانين وقيمة المضموم إليه عشرين أخذ الشقص بأربعة أخماس الثمن ويبقى المضموم للمشتري بالخمس الباقي ، فقوله بحصته من القيمة لا يعطي هذا المعنى لولا ما قدّرته ، ولا خيار للمشتري بتفريق الصفقة عليه لدخوله عالماً بالحال ، وبهذا فارق ما مرّ في البيع من امتناع إفراد المعيب بالردّ . قال الأذرعي : وظاهره أنه لو جهل الحال ثبت له الخيار ولم أرَ مَن صرح به اهـ ، والظاهر كما قال شيخنا : إنهم جروا في ذكر العلم على الغالب (ويؤخذ) الشقص (الممهور) لامرأة (بمهر مثلها) وقت نكاحها (وكذا) يؤخذ بمهر مثلها وقت خلعها (عوض الخلع) سواء أكان أقلّ من قيمته أم لا ؛ لأن البضع متقوّم وقيمته مهر المثل .

تنبيه : محل الأخذ بالشفعة في ذلك إذا كان الشقص معلوماً ، فلو أمهرها شقصاً غير معلوم كان لها مهر مثلها ولا شفعة ؛ لأنه مجهول نص عليه في الأم (ولو اشترى بجزاف) بتثليث جيمه كما مرّ في باب الربا نقداً كان أو غيره كمذروع مكيل (وتلف) الثمن قبل العلم بقدره (امتنع الأخذ) بالشفعة لتعذر الوقوف على الثمن والأخذ بالمجهول غير ممكن . وهذا من الحيل المسقطة للشفعة ، وهي مكروهة لما فيها من إبقاء الضرر لا في دفع شفعة الجار الذي يأخذ بها عند القائل بها . وصورها كثيرة ، منها أن يبيع الشقص بأكثر من ثمنه بكثير ، ثم يأخذ به عرضاً يساوي ما تراضيا عليه عوضاً عن الثمن أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار ، ومنها أن يبيعه بمجهول مشاهد ويقبضه ويخلطه بغيره بلا وزن في الموزون أو ينفقه أو يتلفه ، ومنها أن يشتري من الشقص جزءاً بقيمة الكل ثم يهبه الباقي ، ومنها أن يهب كل من مالك الشقص وآخذه للآخر ، بأن يهب له الشقص بلا ثواب ثم يهب له الآخر قدر قيمته . فإن خشي عدم الوفاء بالهبة وكلا أمينين ليقبضاهما منهما معاً ، بأن يهبه الشقص ويجعله في يد أمين ، ليقبضه إياه ويهبه الآخر قدر قيمته ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه ثم يتقابضا في حالة واحدة ، ومنها أن يشتري بمتقوّم قيمته مجهولة كفص ثم يضعه أو يخلطه بغيره ، فإن كان غائباً لم يلزم البائع إحضاره ولا الإخبار بقيمته . فإن قيل : هذا يخالف ما سبق من أنه ليس للمشتري منع الشفيع من رؤية الشقص إذا منعنا أخذ ما لم

فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْراً وَقَالَ الْمُشْتَرِي لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، وَإِنِ ادَّعَى عِلْمَه وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْراً لَمْ تُسْمَعْ دَعْواهُ في الأَصَحِّ ، وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقّاً فَإِنْ كَانَ مُعَيَّناً بَطَل الْبَيْعُ وَالشُّفعَةُ ،

يره . أجيب بأن هذا لا حق له على البائع بخلاف المشتري (**فإن عين الشفيع قدراً**) لثمن الشقص كقوله للمشتري اشتريته بمائة درهم (**وقال المشتري : لم يكن**) ذلك الثمن (**معلوم القدر حلف على نفي العلم**) بقدره ؛ لأن الأصل عدم علمه به ، ويخالف هذا ما لو ادّعى على غيره ألفاً فقال : لا أعلم كم لك عليّ حيث لا يكفي ذلك منه إذ المدّعي هنا هو الشقص لا الثمن المجهول وبتقدير صدق المشتري لا يمكنه الأخذ بالشفعة . فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ ولا يكفيه أن يحلف أنه اشتراه بمجهول ؛ لأنه قد يعلمه بعد الشراء . ولو قال المشتري : لم أشترِ بذلك القدر حلف كذلك وللشفيع بعد حلف المشتري أن يزيد في قدر الثمن ويحلفه ثانياً وثالثاً . وهكذا حتى ينكل المشتري فيستدل بنكوله فيحلف على ما عينه ويشفع ، لأن اليمين قد يسند إلى التخمين كما في جواز الحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه . ولا يكون قوله نسيت قدر الثمن الذي اشتريت به عذراً بل يطلب منه جواب كاف .

تنبيه : قضية كلام المصنف : أن المشتري إذا حلف سقطت الشفعة ، وهو كذلك كما صرح به في نكت التنبيه وقيل : إن الشفعة موقوفة إلى أن يتضح الحال وحكاه القاضي حسين عن النص (**وإن ادّعى**) الشفيع (**علمه**) أي المشتري بالثمن (**ولم يعين**) له (**قدراً لم تسمع دعواه في الأصح**) ؛ لأنه لم يدّع حقاً له . والثاني : تسمع ويحلف المشتري إنه لا يعلم قدره ، واحترز المصنف بقوله : تلف عما لو كان باقياً فإنه يضبط ، ويأخذ الشفيع بقدره ولو قامت بينة بأن الثمن كان ألفاً وكفاً من الدراهم هو دون المائة يقيناً ، فقال الشفيع : أنا آخذه بألف ومائة كان له الأخذ كما في فتاوى الغزالي ، لكنه لا يحل للمشتري قبض تمام المائة (**وإذا ظهر الثمن**) الذي دفعه مشتري الشقص (**مستحقاً**) لغيره ببينة أو بتصديق من البائع والمشتري والشفيع كما قاله المتولي ، وذلك بعد أخذ الشفيع الشقص (**فإن كان معيناً**) كأن اشترى بهذه المائة (**بطل البيع**) يعني بان بطلانه ؛ لأن أخذ عوضه لم يأذن فيه المالك ، وسواء أكان الثمن عرضاً أم نقداً ؛ لأن النقد عندنا يتعين بالعقد كالعرض (**و**) بطلت (**الشفعة**) لترتبها على البيع ، ولو خرج بعض الثمن مستحقاً بطل فيما يقابله من

وَإِلَّا أُبْدِلَ وَبقِيَا ؛ وَإِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحقًّا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهلَ ؛ وكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الأَصَحِّ ؛ وتَصَرُّفُ المُشْتَرِي فيالشِّقْصِ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وإجَارَةٍ صَحِيحٌ، ولِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ كالْوَقْفِ ، وأَخْذُهُ ،

المبيع والشفعة دون الباقي تفريقاً للصفقة **(ولا)** بأن اشترى بثمن في ذمّته ودفع عما فيها ، فخرج المدفوع مستحقاً **(أبدل)** المدفوع **(وبقيا)** أي البيع والشفعة ؛ لأن إعطاءه عما في الذمة لم يقع الموقع ، فكان وجوده كعدمه ، وللبائع استرداد الشقص إن لم يكن تبرع بتسليمه وحبسه إلى أن يقبض الثمن .

تنبيه : خروج الدنانير أو الدراهم نحاساً كخروج الثمن مستحقاً ، ولو خرج الثمن رديئاً تخير البائع بين الرضا به والاستبدال . فإن رضي به لم يلزم المشتري الرضا بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ، كذا قاله البغوي وأقرّه الرافعي . قال المصنف : وفيه احتمال ظاهر . قال الأذرعي : ولم يتبين لي وجهه ، والظاهر أن الغرض بعد لزوم العقد . وقال البلقيني : ما قاله البغوي جار على قوله فيما إذا ظهر العبد الذي باع به البائع معيباً ، ورضي به أن على الشفيع قيمته سليماً ؛ لأنه الذي اقتضاه العقد . وقال الإمام : إنه غلط ، وإنما عليه قيمته معيباً حكاهما في الروضة . قال : فالتغليظ بالمثلي أولى . قال : والصواب في كلتا المسألتين ذكر وجهين . والأصح منهما اعتبار ما ظهر : أي لا ما رضي به البائع ، وهذا هو الظاهر ، وبه جزم ابن المقري في المعيب **(وإن دفع الشفيع)** ثمناً **(مستحقاً)** لغيره **(لم تبطل شفعته)** جزماً **(إن جهل)** كونه مستحقاً بأن اشتبه عليه بماله وعليه إبداله **(وكذا)** لا تبطل شفعته **(إن علم)** كونه مستحقاً **(في الأصح)** إن كان الثمن معيناً كتملكت الشقص بهذه الدراهم ؛ لأنه لم يقصر في الطلب والأخذ . والثاني : يبطل ؛ لأنه أخذ بما لا يملكه فكأنه ترك الأخذ مع القدرة ، وعلى الأوّل يتبين أنه لم يملكه فيحتاج إلى تملك جديد . فإن كان الثمن في الذمة لم تبطل جزماً ، وعليه إبداله كما مرّ ، وإن دفع رديئاً لم تبطل شفعته علم أو جهل **(وتصرّف المشتري في الشقص)** المشفوع **(كبيع)** وهبة **(ووقف وإجارة)** ورهن وغير ذلك **(صحيح)** ؛ لأنه ملكه وإن كان غير لازم كتصرف المرأة في الصداق قبل الدخول **(وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه)** مما لا يستحق به الشفعة لو وجد ابتداء **(كالوقف)** والهبة والإجارة وحكم جعله مسجداً كالوقف كما قاله ابن الصباغ **(وأخذه)** أي الشقص بالشفعة ؛ لأن حقه سابق على هذا التصرف فلا يبطل به . فإن قيل : حق فسخ البائع بالفلس يبطل

وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ كَبَيْعٍ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ أَوْ يَأْخُذَ بِالأَوَّلِ ، وَلَوِ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي

بتصرف المشتري ، وحق رجوع المطلق قبل الدخول إلى نصف الصداق يبطل بتصرف المرأة فيه فهلا كان هنا كذلك . أجيب بأنهما لا يبطلان بالكلية بل ينتقلان إلى البدل ولا كذلك حق الشفيع (**ويتخير**) الشفيع (**فيما فيه شفعة كبيع**) وإصداق (**بين أن يأخذ**) ه (**بالبيع الثاني**) أو الإصداق (**أو ينقضه أو يأخذ**) ه (**بالأوّل**) لما مرّ . وفائدته أن الثمن في الأوّل قد يكون أقل أو الجنس فيه أسهل . وليس المراد بالنقض الفسخ . ثم الأخذ بالشفعة بل الأخذ بها . وإن لم يتقدّمه لفظ فسخ قبله كما استنبطه في المطلب من كلامهم خلافاً لما يقتضيه كلام أصل الروضة . فإن قيل : تصرّف الأب فيما وهب لولده لا يكون رجوعاً ، فلا يكفي فهلا كان هنا كذلك . أجيب بأن الأب هو الواهب ، فلا بدّ أن يرجع عن تصرّفه بخلاف الشفيع .

تنبيه : لو عبر بالإبطال أو الفسخ كان أولى . فإن النقض رفع الشيء من أصله كما مرّت الإشارة إليه في باب أسبب الحدث .

فرع : لو بنى المشتري أو غرس أو زرع في المشفوع ولم يعلم الشفيع بذلك ثم علم قلع ذلك مجاناً لعدوان المشتري نعم إن بنى أو غرس في نصيبه بعد القسمة ثم أخذ بالشفعة لم يقلع مجاناً . فإن قيل : القسمة تتضمن غالباً رضا الشفيع بتملك المشتري . أجيب بأن ذلك يتصوّر بصور : منها أن يظهر المشتري أنه هبة ، ثم تبين أنه اشتراه أو أنه اشتراه بثمن كثير ثم ظهر أنه بأقلّ أو يظنّ الشفيع أن المشتري وكيل للبائع ، ولبناء المشتري وغراسه حينئذ حكم بناء المستعير وغراسه إلا أن المشتري لا يكلف تسوية الأرض إذا اختار القلع ؛ لأنه كان متصرّفاً في ملكه ، فإن حدث في الأرض نقص فيأخذه الشفيع على صفته أو يترك ويبقى زرعه إلى أوان الحصاد بلا أجرة ، وللشفيع تأخير الأخذ بالشفعة إلى أوان الحصاد ، لأنه لا ينتفع به قبله ، وفي جواز التأخير إلى اوان جداد الثمرة فيما إذا كان في الشقص شجر عليه ثمرة لا تستحقّ بالشفعة وجهان أوجههما لا ، والفرق أن الثمرة لا تمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع ، ولو ادّعى المشتري إحداث بناء وادّعى الشفيع أنه قديم صدق المشتري كما في الشامل ، وإن توقف فيه في المطلب (**ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن**) الذي اشترى به الشقص أو قيمته إن تلف ولا بينة (**صدّق المشتري**)

وكَذَا لَـوْ أَنْكَرَ الشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ الطَّالِبِ شَرِيكاً ، فَإِنِ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ بِالْبَيْـعِ فَالأَصَـحُّ ثُبوتُ الشُّفْعَـةِ ، ويُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَـى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ وَإِنِ اعْتَرَفَ فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشفِيـعِ أَمْ يَأْخُذُهُ الْقَاضِي

بيمينه ؛ لأنه أعلم بما باشـره من الشفيع ، وينبغي كمـا قال الـزركشي أن محل ذلـك إذا لم يدّع ما يكذبه الحس كمـا لو ادّعى أن الثمن ألف دينـار ، وهو يسـاوي ديناراً لم يصـدق فإن نكل المشتري حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه ، فإن كان لأحـدهما بينـة قضى له ، فـإن أقاما بينتين تعارضتا على الأصح وإنما لم يتحالفا كـالمتبايعين ، لأن كـلاً من المتبايعين مـدع ومباشر للعقد ، وههنـا المشتري لا يدّعي والشفيع لم يباشر ، وإن اختلف المشتري والبائـع في قدر الثمن لزم الشفيع ما ادّعاه المشتري ، وإن ثبت مـا ادّعاه البـائع لاعتـراف المشتري بأن البيع جرى بذلك والبائع ظالم بالزيـادة ، وتقبل شهـادة الشفيع للبـائع لعـدم التهمة دون المشتري ؛ لأنه متهم في تقليل الثمن . ولو فسخ البيع بالتحالف أو نحوه بعد الأخذ بالشفعة أقرت الشفعة وسلم المشتري قيمة الشقص للبائع أو تحالفا قبـل الأخذ أخـذ بما حلف عليـه البائع ؛ لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن فيأخذ حقه منه وعهدة المبيع على البائع لتلقي الملك منه **(وكذا)** يصدق المشتري بيمينـه **(لو أنكـر الشراء)** للشقص بـأن قـال : لم أشتره سـواء أقال : معـه ورثته أو اتهبتـه أم لا **(أو)** أنكر **(كـون الـطالب)** للشقص **(شريكاً)** أو كون ملكه مقدّماً على ملكه ، فإنه يصدّق أيضاً بيمينه ؛ لأن الأصل عدم ذلـك . ويحلف على حسب جـوابـه في الأولى وعلى نفي العلم في الأخيـرتين . فـإن نكـل حلف الـطالب على البت واستحق الشفعة **(فـإن اعترف الشـريك)** القـديم . وهو البـائع **(بـالبيـع)** للمشتري المنكر للشراء والمشفوع بيده أو بيد المشتري وقال : إنه وديعة له أو عاريـة أو نحو ذلك **(فالأصح ثبوت الشفعة)** لطالب الشقص ؛ لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشتري وحق الشفيع فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتـري كما لا يبـطل حق المشتري بـإنكار الشفيـع . والثاني : لا تثبت ؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري فإذا لم يثبت الشراء لم يثبت ما يتفـرع عليـه **(ويسلم الثمن إلى البائـع إن لم يعترف بقبضـه)** من المشتري . وعليـه عهـدة الشقص لتلقي الملك منـه وكأن الشفيـع هو المشتـري ، فلو امتنع من قبضـه من الشفيـع ، كـان لـه مطالبة المشتري به في أحد وجهين رجحه شيخنا . وهو الظاهر ؛ لأن ماله قد يكون أبعد عن الشبهة . فإن حلف المشتري فلا شيء عليه ، فإن نكل حلف البائع وأخذ الثمن منـه وكانت عهدته عليه **(وإن اعترف)** البائع بقبضه **(فهل يترك)** الثمن **(في يد الشفيـع أم يأخـذه القاضي**

وَيَحْفَظُهُ ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الإِقْرَارِ نَظِيرُهُ ، وَلَوِ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ ، وفي قَوْلٍ عَلَى الرُّءُوسِ ، وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ

ويحفظه) فإنه مال ضائع **(فيه خلاف سبق في الإقرار نظيره)** في قول المتن هناك : إذا كذب المقر له المقر ترك المال في يده في الأصح . فصرح هناك بالأصح وصرح هنا بذكر المقابل له أيضاً . فالمراد سبق أصل الخلاف ، لا أن الوجوه كلها سبقت في الإقرار .

تنبيه : قوله في يد الشفيع كان الأولى أن يقول في ذمته فإنه لا يتعين إلا بالقبض وهو لم يقبض . وتسمح المصنف في استعمال أم بعد ، هل وإلا فالأصل أن أم تكون بعد الهمزة ، وأو بعد هل . ولو ادّعى المشتري شراء الشقص وهو في يده والبائع غائب فللشفيع أخذه على الأصح كما في الروضة وأصلها خلافاً لما صححه المصنف في نكت التنبيه . ويكتب القاضي في السجل أنه أخذه بالتصادق ليكون الغائب على حجته . ولو قال المشتري : اشتريته لغيري نظر إن كان المقر له حاضراً ووافق على ذلك انتقلت الخصومة إليه . وإن أنكر أو كان غائباً أو مجهولاً أخذ الشفيع الشقص بلا ثمن لئلا يؤدّي إلى سدّ باب الشفعة وإن كان طفلاً معيناً ، فإن كان عليه للمقرّ ولاية فكذلك وإلا انقطعت الخصومة عنه ، هذا كله فيما إذا استحق الشفعة واحد . أما لو استحقها جمع فحكمه ما ذكره المصنف بقوله **(ولو استحق الشفعة جمع)** من الشركاء **(أخذوا)** بها في الأظهر **(على قدر الحصص)** من الملك ؛ لأنه حقّ مستحقّ بالملك فقسط على قدره كالأجرة والثمرة ، فلو كانت الأرض بين ثلاثة لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها فباع الأوّل حصته أخذ الثاني سهمين والثالث سهماً **(وفي قول)** أخذوا **(على)** قدر **(الرؤوس)** التي للشركاء فيقسم النصف في المثال المذكور بين الشريكين سواء ؛ لأن سبب الشفعة أصل الشركة واختار هذا جمع من المتأخرين بل قال الإسنوي إن الأوّل خلاف مذهب الشافعي ، ولو مات مالك أرض عن ابنين ثم مات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه ثبتت الشفعة للعم والأخ لاشتراكهما في الملك والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك لا إلى سبب ملكه ؛ لأن الضرر المحوج إلى إثباتها لا يختلف ، وكذا الحكم في كل شريكين ملكاً بسبب ، وغيرهما من الشركاء ملك بسبب آخر فباع أحدهما نصيبه مثاله بينهما دار فباع أحدهما نصيبه أو وهبه لرجلين ثم باع أحدهما نصيبه فالشفعة بين الأوّل والثاني لما مرّ وإن مات شخص عن بنتين وأختين وخلف داراً فباعت إحداهن نصيبها شفع الباقيات كلهنّ لا أختها فقط **(ولو باع أحد**

الشَّـرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُـلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَـا لآخَرَ فَـالشُّفعَةُ في النّصفِ الأَوَّلِ لِلشَّـرِيكِ الْقَـدِيمِ ، والأَصَحُّ أَنَّهُ إنْ عَفَـا عَنِ النِّصْفِ الأَوَّلِ شَارَكَـهُ الْمُشْتَرِي الأَوَّل في النِّصْفِ الثَّـاني ، وإلاَّ فَـلاَ ، والأَصَحُّ أَنَّـهُ لَـوْ عَفَـا أَحَـدُ شَفِيعَيْنِ سَقَطَ حَقُّـهُ ، وتَخَيَّـرِ الآخَـرُ بيْن أَخْـذِ الجَمِيعِ وتَرْكِهِ ، ولَيْسَ لَهُ الاِقْتِصَـارُ عَلَى حِصَّتِهِ ، وأَنَّ الْـوَاحِدَ إذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّـهِ سَقَطَ كُلُّهُ ،

شريكين) في عقار مناصفة (نصف حصته لرجل) مثلاً (ثم) قبل أخذ الشريك الأوّل بـالشفعة والعفو عنها باع (**باقيها لآخر فالشفعة في النصف الأوّل للشريك القديم**) ؛ لأنه ليس معه في حال البيع شريك إلا البائع والبائع لا يأخذ بالشفعة مـا باعـه (**والأصح أنـه إن عفا**) الشـريك القديم (**عن النصف الأوّل**) بعد البيـع الثاني (**شـاركه المشتـري الأوّل في النصف الثاني**) ؛ لأن ملكه قد سبق البيع الثاني ، واستقرّ بعفو الشريك القديم عنه فيستحق مشاركته (**وإلا**) بـأن لم يعف الشريك القديم عن النصف الذي اشتـراه بل أخـذه منه (**فـلا**) يشارك الأوّل القـديم لزوال ملكه ، والوجه الثاني يشاركه مطلقاً ؛ لأنه شريك حالة الشراء ، والثالث : لا يشـاركه مطلقاً ؛ لأن الشريك القديم تسلط على ملكه فكيف يزاحمه .

تنبيـه : أشار المصنف بثم إلى أن صورة المسـألة أن يقـع البيعان على التـريب ، فإن وقعا معاً فمعلوم أن الشفعة فيهما معاً للأوّل خاصة ، وعلم بما تقرّر من أن العفـو بعد البيـع الثاني أنه لو عفا قبله اشتركا فيه قطعـاً أو أخذ قبله انتفت قـطعاً (**والأصـح أنه لـو عفـا أحـد شفيعين سقط حقه**) من الشفعة كسائر الحقوق المالية (**وتخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه**) كالمنفرد (**وليس لـه الاقتصار على حصتـه**) لئلا تتبعض الصفقـة على المشتري ، والثـاني : يسقط حق العافي وغيره كـالقصاص . وأجـاب الأوّل بأن القصـاص يستحيل تبعيضـه وينتقل إلى بدله .

تنبيـه : قوله وتخير الآخر الخ في حيز الأصـح كما تقـرّر ، فلو قال : وأن الآخـر يخير كـان أصرح في إفـادة الخلاف ، ومـا ذكره في شفعـة ثبتت لعـدد ابتـداء ، فلو كـان لشقص شفيعان فمات كلّ عن ابنين ثم عفا أحدهم سقط حقه وانتقل للثلاثة فيأخذون الشقص أثلاثاً (و) الأصح (أن) الشفيع (**الواحد إذا أسقط بعض حقه سقط كله**) كالقصـاص ، والثاني : لا يسقط منـه شيء كعفوه عن بعض حـدّ القذف ، والثـالث : يسقط ما أسقـطه ويبقى الباقي ؛

وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ الجَمِيعِ فِي الحَالِ فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ شَارَكَهُ ، وَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ ،

لأنه حق مالي يقبل الانقسام **(ولو حضر أحد شفيعين)** وغاب الآخر **(فله)** أي الحاضر **(أخذ الجميع في الحال)** لا الاقتصار على حصته لئلا تتبعض الصفقة على المشتري لو لم يأخذ الغائب ، إذ يحتمل أنه زال ملكه بوقف أو غيره أو لا رغبة له في الأخذ ، فلو رضي المشتري بأن يأخذ الحاضر حصته فقط . قال السبكي : فالذي يتجه أن يكون كما لو أراد الشفيع الواحد أن يأخذ بعض حقه ، والأصح منعه **(فإذا)** أخذ الحاضر الجميع ثم **(حضر الغائب شاركه)** فيه ؛ لأن حقه ثابت فحضوره الآن ، كحضوره من قبل وما استوفاه الحاضر من المنافع والثمرة والأجرة لا يشاركه فيه الغائب ، كما أن الشفيع لا يشارك المشتري فيه **(والأصح أن له تأخير الأخذ إلى قدوم الغائب)** وإن كان الأخذ بالشفعة على الفور لعذره ؛ لأن له غرضاً ظاهراً في أنه لا يأخذ ما يؤخذ منه ؛ ولأنه قد لا يقدر إلا على أخذ البعض الآن . والثاني : لا لتمكنه من الأخذ ، ولو استحق الشفعة ثلاثة كأن كانت دار لأربعة بالسواء فباع أحدهم نصيبه وآستحقها الباقون فحضر أحدهم أخذ الكل أو ترك أو أخر لحضورهما كما مر ، فإن أخذ الكل وحضر الثاني ناصفه بنصف الثمن كما لو لم يكن إلا شفيعان ، وإذا حضر الثالث أخذ من كل ثلث ما في يده ؛ لأنه قدر حصته ، ولو أراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما فقط جاز كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين فقط .

واعلم أن للثاني أخذ الثلث من الأوّل ؛ لأنه لا يفوت الحق عليه إذ الحقّ ثبت لهم أثلاثاً ، فإن حضر الثالث وأخذ نصف ما في يد الأوّل أو ثلث ما في يد كل من الأوّل والثاني وكان الثاني في الثانية قد أخذ من الأوّل النصف استووا في المأخوذ أو أخذ الثالث ثلث الثلث الذي في يد الثاني ، فله ضمه إلى ما في يد الأوّل ويقتسمانه بالسوية بينهما فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر ، فإنه يأخذ ثلث الثلث وهو واحد من تسعة يضمه إلى ستة منها فلا تصح على اثنين فتضرب اثنين في تسعة فللثاني منها آثنان في المضروب فيها بأربعة يبقى أربعة عشر بين الأوّل والثالث لكل منهما سبعة ، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر فجملتها اثنان وسبعون ، وإنما كان للثالث أخذ ثلث الثلث من الثاني ؛ لأنه يقول ما من جزء إلا ولي منه ثلثه ، ولو استحق الشفعة حاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب فورثه الحاضر أخذ الكل بالشفعة وإن كان قد عفا أوّلاً ؛ لأنه الآن يأخذ بحق الإرث .

تنبيه : إنما يضرّ تفريق الصفقة في شقص العقد الواحد ، فإن تعدّد العقد بتعدّد

وَلَوِ اشْتَرَيَا شِقْصاً فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلَوِ آشْتَرَى وَاحِدٌ مِنَ اثْنَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ الشفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ ،

المشتري أو البائع لم يضر ، وقد أشار إلى الأوّل بقوله (**ولو اشتريا**) أي اثنان (**شقصاً**) من واحد (**فللشفيع أخذ نصيبهما ونصيب أحدهما**) فقط إذ لا تفريق عليه (**ولو اشترى واحد من اثنين فله**) أي الشفيع (**أخذ حصة أحد البائعين في الأصح**) لتعدّد الصفقة بتعدّد البائع فصار كما لو ملكه بعقدين ، والثاني : لا ؛ لأن المشتري ملك الجميع فلا يفرق ملكه عليه ، ولو باع شقصين من دارين صفقة جاز أخذ أحدهما ، ولو اتحد فيهما الشفيع ؛ لأنه لا يفضي إلى تبعيض الشيء الواحد ، ولو اشترياه من اثنين جاز للشفيع أخذ ربعه أو نصفه أو ثلاثة أو أرباعه أو الجميع ، ولو وكل أحد الثلاثة شريكه ببيع نصيبه ، فباع نصيبهما صفقة بالإذن في بيعه كذلك أو بدونه لم يفرّقها الثالث ، بل يأخذ الجميع أو يتركه ؛ لأن الاعتبار بالعاقد لا بالمعقود عليه ، ولو كانت دار بين اثنين فوكل أحدهما الآخر في بيع نصف نصيبه مطلقاً أو مع نصيب صاحبه صفقة فباع كذلك فللموكل إفراد نصيب الوكيل بالأخذ بالشفعة بحق النصف الباقي له ؛ لأن الصفقة اشتملت على ما لا شفعة للموكل فيه وهو ملكه ، وعلى ما فيه شفعة وهو ملك الوكيل ، فأشبه مَن باع شقصاً وثوباً بمائة .

تنبيه : قد سبق في البيع أن الصفقة تتعدّد بتعدّد البائع قطعاً وبتعدّد المشتري على الأصح ، وقد عكسوا هنا فقطعوا بتعدّدها بتعدّد المشتري ، والخلاف في تعدّد البائع ، والفرق يؤخذ من التعليل في ذلك (**والأظهر أن الشفعة**) بعد علم الشفيع بالبيع (**على الفور**) ؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور كالردّ بالعيب ، والمراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التمليك كما نبّه عليه ابن الرفعة تبعاً للعمراني ، ومقابل الأظهر أقوال : أحدها تمتدّ إلى ثلاثة أيام . وثانيها : تمتدّ مدّة تسع التأمّل في مثل ذلك الشقص . وثالثها : أنها على التأبيد ما لم يصرّح بإسقاطها أو يعرض به كبعه لمَن شئت .

تنبيه : استثنى بعضهم عشر صور لا يشترط فيها الفور وغالبها في كلام المصنف ، لكن لا بأس بجمعها : **الأولى** : لو شرط الخيار للبائع أو لهما فإنه لا يأخذ بالشفعة ما دام الخيار باقياً . **الثانية** : له التأخير لانتظار إدراك الزرع وحصاده على الأصح . **الثالثة** : إذا أخبر بالبيع على غير ما وقع من زيادة في الثمن فترك ثم تبين خلافه فحقه باق . **الرابعة** : إذا كان أحد الشفيعين غائباً فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره . **الخامسة** : إذا

فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ فَلْيُبَادِرْ على الْعَادَةِ فَإِنْ كان مَرِيضاً أَوْ غَائِباً عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفاً مِنْ عَدُوٍّ فَلْيُوكِّلْ إِنْ قَدَرَ ، وَإِلَّا فَلْيُشْهِدْ على الطَّلَبِ ،

اشترى بمؤجل . السادسة : لو قال : لم أعلم أن لي الشفعة وهو ممن يخفى عليه ذلك . السابعة : لو قال العامي : لم أعلم أن الشفعة على الفور فإن المذهب هنا وفي الردّ بالعيب قبول قوله . الثامنة : لو كان الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوباً كما نص عليه البويطي فقال : وإن كان في يد رجل شقص من دار فغصب على نصيبه ثم باع الآخر نصيبه ثم رجع إليه ، فله الشفعة ساعة رجوعه إليه نقله البلقيني . التاسعة : الشفعة التي يأخذها الولي لليتيم ليست على الفور ، بل في حق الولي على التراخي قطعاً حتى لو أخرها أو عفا عنها ، لم يسقط لأجل اليتيم صرّح به الإمام وغيره . العاشرة : لو بلغه الشراء بثمن مجهول ، فأخر ليعلم لا يبطل قاله القاضي حسين ، وقد تقدّمت هذه الصورة ، وأنها مخالفة لما في نكت التنبيه (فإذا علم الشفيع) واحداً كان أو أكثر (بالبيع) مثلاً (فليبادر) عقب علمه بالشراء (على العادة) ولا يكلف البدار على خلافها بالعدو ونحوه ، بل يرجع فيه إلى العرف ، فما عدّوه تقصيراً وتوانياً كان مسقطاً ، وما لا فلا ، وسبق في الردّ بالعيب كثير من ذلك وذكر هنا بعضه ، فلو جمعهما في موضع وأحال الآخر عليه لكان أولى ؛ لأن الحكم في البابين واحد .

تنبيه : محل المبادرة بالطلب عقب العلم إذا لم يثبت للشفيع خيار المجلس وهو الأصح كما مرّ ، وآحترز بالعلم عما إذا لم يعلم فإنه على شفعته ، ولو مضى سنون ولا يكلف الإشهاد على الطلب إذا سار طالبه في الحال أو وكل في الطلب فلا تبطل الشفعة بتركه كما في الشراح والروضة خلافاً لما صححه المصنف في تصحيح التنبيه (فإن كان) للشفيع عذر ككونه (مريضاً) مرضاً يمنع من المطالبة لا كصداع يسير ، أو محبوساً ظلماً ، أو بدين وهو معسر وعاجز عن البينة (أو غائباً عن بلد المشتري) غيبة حائلة بينه وبين مباشرة الطلب كما جزم به السبكي في شرحه (أو خائفاً من عدوّ فليوكل) في طلبها (إن قدر) على التوكيل فيه ؛ لأنه الممكن ، ويعذر الغائب في تأخير الحضور للخوف من الطريق إذا لم يجد رفقة تعتمد والحرّ والبرد المفرطين (وإلا) ؛ بأن عجز عن التوكيل (فليشهد على الطلب) لها عدلين أو عدلاً وامرأتين ولا يكفي واحد ليحلف معه قاله الروياني وغيره ؛ لأن بعض القضاة لا يحكم به فلم يستوثق لنفسه . لكن قياس ما قالوه في الردّ بالعيب الاكتفاء به ،

فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا بَطَلَ حَقُّهُ فِي الأَظْهَرِ، فَلَوْ كَانَ فِي صَلاَةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ فَلَهُ الإِتْمَامُ ، وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ لَمْ أُصَدِّق الْمُخْبِرَ لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلاَنِ ، وَكَذَا ثِقَةٌ فِي الأَصَحِّ ، وَيُعْذَرُ إِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لاَ يُقْبَلُ خَبَرُهُ ،

وهو كما قال الزركشي الأقرب ، وبه جزم ابن كج في التجريد ، (فإن ترك) الشفيع (المقدور عليه منهما) أي التوكيل والإشهاد في محله وترتيبه (بطل حقه في الأظهر) لتقصيره في الأولى ولإشعار السكوت مع التمكن من الإشهاد بالرضا في الثانية ، والثاني : لا يبطل ؛ لأنه قد يلحقه في الأولى منة أو مؤنة ، وفي الثانية : أن الإشهاد إنما هو لإثبات الطلب عند الحاجة .

تنبيه : مقتضى كلامه تعين التوكيل في الغيبة ، وليس مراداً ففي فتاوى البغوي : أنه لو كان الشفيع غائباً فحضر عند قاضي بلد الغيبة وأثبت الشفعة وحكم له بها ولم يتوجه إلى بلد البيع أن الشفعة لا تبطل ؛ لأنها تقرّرت بحكم القاضي . قال السبكي : فثبت أن الغائب مخير بين التوكيل وبين الرفع إلى الحاكم ، وقياسه كذلك إذا كان الشفيع حاضراً والمشتري غائباً ، ولو خرج بنفسه لم يكلف التوكيل كما صرّح به الدارمي فهو مخير بين المبادرة بنفسه وبوكيله مع القدرة ، ولا يختص التوكيل بحالة المرض ونحوها ، وإنما اقتصر المصنف وغيره على التوكيل عند العجز ؛ لأن التوكيل حينئذ يتعين طريقاً ، لا لأنه يمتنع مع القدرة على الطلب بنفسه وحيث ألزمناه الإشهاد فلم يقدر عليه لم يلزمه أن يقول تملكت الشقص كما مرّ أنه الأصحّ في الردّ بالعيب (فلو) علم الحاضر بالبيع ، و(كان في صلاة أو حمام أو طعام) أو قضاء حاجة (فله الإتمام) ولا يكلف قطعها ، ولا يلزمه الاقتصار في الصلاة على أقلّ ما يجزىء : أي بل له أن يستوفي المستحب، فإن زاد عليه فالذي يظهر أنه لا يكون عذراً ، ولو حضر وقت الصلاة أو الطعام أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدّمها ، وأن يلبس ثوبه فإذا فرغ طالبه بالشفعة وإن كان في ليل فحتى يصبح ، ولو لقي الشفيع المشتري في غير بلد الشقص فأخر الأخذ إلى العود إلى بلد الشقص بطلت شفعته لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص (ولو أخر) الطلب لها (وقال : لم أصدّق المخبر) ببيع الشريك الشقص (لم يعذر) جزماً (إن أخبره عدلان) أو عدل وامرأتان بذلك ؛ لأنها شهادة مقبولة (وكذا) إن أخبره (ثقة) حرّ أو عبد أو امرأة (في الأصحّ) ؛ لأنه إخبار وإخبار الثقة مقبول ، والثاني : يعذر ؛ لأن البيع لا يثبت بالواحد (ويعذر إن أخبره مَن لا يقبل خبره) كفاسق

وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ فَبَانَ بِخَمْسِمَائَةٍ بَقِيَ حَقُّهُ ، وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ بَطَلَ ، وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِيَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ ، أَوْ قَالَ بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَتِكَ لَمْ يَبْطُلْ ، وفي الدُّعَاءِ وَجْهٌ ، وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلاً بالشُّفْعَةِ فَالأَصَحُّ بُطْلاَنُهَا .

وصبي ؛ لأنه معذور ، وهذا إذا لم يبلغ المخبرون للشفيع حدّ التواتر ، فإن بلغوا ولو صبياناً أو كفاراً أو فساقاً بطل حقه ، ولو قال : فيما إذا أخبره عدلان جهلت ثبوت عدالتهما ، وكان يجوز أن يخفى عليه ذلك قبل قوله ؛ لأن رواية المجهول لا تسمع قاله ابن الرفعة ، ولو قال : أخبرني رجلان وليسا عدلين عندي وهما عدلان لم تبطل شفعته ؛ لأن قوله محتمل **(ولو أخبر)** الشفيع **(بالبيع بألف فترك)** الشفعة **(فبان)** بأقل كأن بان **(بخمسمائة بقي حقه)** في الشفعة ؛ لأنه لم يتركه زهداً بل للغلاء فليس مقصراً ويبقى حقه أيضاً لو كذب عليه في تعيين المشتري أو عدده أو قدر المبيع أو جنس الثمن أو نوعه أو حلوله أو قصر أجله فترك **(وإن بان بأكثر)** مما أخبر به أو أخبر ببيع جميعه بألف فبان أنه باع بعضه بألف **(بطل)** حقه ؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى ويبطل أيضاً لو أخبر ببيع الشقص بكذا مؤجلاً ، فترك فبان حالاً ؛ لأنه متمكن من التعجيل إن كان يقصده **(ولو لقي)** الشفيع **(المشتري فسلم عليه)** أو سأل عن الثمن **(أو قال)** : له **(بارك الله)** لك **(في صفقتك لم يبطل)** حقه . أما في الأولى ، فلأنَّ السلام سنة قبل الكلام . وأما في الثانية ، فلأن جاهل الثمن لا بد له من معرفته وقد يريد العارف إقرار المشتري . وأما في الثالثة : فلأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ صفقة مباركة ، وكذا لو جمع بين السلام والدعاء كما اقتضاه كلام المحاملي في التجريد **(وفي الدعاء وجه)** أنه يبطل به حق الشفعة لإشعاره بتقرير بيعه ، وهذا الخلاف كما قال الإسنوي : إذا زاد لفظة لك كما قدرته في كلامه **(ولو باع الشفيع حصته)** أو أخرجها عن ملكه بغير بيع كهبة **(جاهلاً بالشفعة فالأصح بطلانها)** لزوال سببها ، وهو الشركة . والثاني : لا ؛ لأنه كان شريكاً عند البيع ولم يرضَ بسقوط حقه .

تنبيه : كلامه يعمّ جهله بالبيع وجهله بثبوت الشفعة أو بفوريتها مع علمه بالبيع وحكم ذلك حكم ما سبق في الردّ بالعيب واحترز بالجهل عن العلم فيبطل جزماً هذا إذا باع جميع حصته ، فإن باع بعضها عالماً ، فالأظهر أنها تبطل ؛ لأنه إنما استحقها بجميع نصيبه ، فإذا باع بعضه بطل بقدره وإذا بطل البعض بطل الكل كما لو عفا عن بعض الشقص المشفوع أو جاهلاً فلا كما في زيادة الروضة لعذره مع بقاء الشركة ، ولو زال البعض قهراً ؛ كأن مات

الشفيع وعليه دين قبل الأخذ فبيع بعض حصته في دينه جبراً على الوارث وبقي باقيها له كان له الشفعة كما قاله ابن الرفعة لانتفاء تخيل العفو عنه .

خاتمة : لا يصح الصلح عن الشفعة بحال كالرد بالعيب وتبطل شفعته إن علم بفساده فإن صالح عنها في الكل على أخذ البعض بطل الصلح ؛ لأن الشفعة لا تقابل بعوض وكذا الشفعة إن علم ببطلانه ؛ وإلا فلا كما جزم به في الأنوار ولو باع حصته بشرط الخيار جاهلاً وفسخ ثم علم ، فله الشفعة كما نقل عن المرشد ، وللمفلس الأخذ بالشفعة والعفو عنها ولا يزاحم المشتري الغرماء بل يبقى ثمن ما اشتراه في ذمة الشفيع إلى أن يوسر وله الرجوع فيما آشتراه إن جهل فلسه ، وللعامل في القراض أخذها ، فإن لم يأخذها جاز للمالك أخذها فلو اشترى العامل بمال القراض شقصاً من شريك المالك لم يشفع المالك ؛ لأن الشراء وقع له فلا يمكن الأخذ من نفسه لنفسه ، فإن كان العامل شريك البائع في الشقص المبيع منه كان له الأخذ بالشفعة لنفسه ، ولو ظهر في المال ربح ؛ لأنه لا يملك منه شيئاً بالظهور وإن باع المالك شقصه الذي هو من مال القراض فلا شفعة للعامل ؛ لأنه ليس بشريك ، وإن ظهر ربح لذلك ، وللشفيع تكليف المشتري بقبض الشقص ليأخذه منه وله أيضاً الأخذ من البائع كما صرح به المقري وعهدته على المشتري ، لانتقال الملك إليه منه وعفو الشفيع قبل البيع وشرط الخيار وضمان العهدة على المشتري لا يسقط كل منها شفعته ، وإن باع شريك الميت فلوارثه أن يشفع لا لوليّ الحمل ؛ لأنه لا يتيقن وجوده ، وإن وجبت الشفعة للميت وورثه الحمل أخرت لانفصاله ، فليس لوليه الأخذ له قبل انفصاله لذلك وللوارث الشفعة ولو استغرق الدين التركة ولو باع الورثة في الدين بعض دار الميت لم يشفعوا ، وإن كانوا شركاء له فيها ؛ لأنهم إذا ملكوها كان المبيع جزءاً من ملكهم ؛ فلا يأخذ ما خرج عن ملكه بما بقي منه . وأما أخذ كل منهم نصيب الباقي بالشفعة فلا مانع منه ، ولو توكل الشفيع في بيع الشقص لم تبطل شفعته في الأصح .

كِتَابُ القِرَاضِ

هو بكسر القاف لغة أهل الحجاز مشتق من القرض[1] ، وهو القطع ؛ لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرّف فيها وقطعة من الربح أو من المقارضة ، وهي المساواة لتساويهما في الربح أو ؛ لأن المال من المالك والعمل من العامل ، وأهل العراق يسمونه المضاربة[2] ؛ لأن كلاًّ منهما يضرب بسهم في الربح ولما فيه غالباً من السفر والسفر يسمى

---

(١) القراض لغة : مصدر قرض الشيء يقرضه بكسر الراء : إذا قطعه ، والقرض : اسم مصدر بمعنى الإقراض . وقال الجوهري : القرض : ما تعطيه من المال لتقضاه ، والقرض بالكسر : لغة فيه . حكاها الكسائي . وقال الواحدي : القرض : اسم لكل ما يلتمس منه الجزاء ، يقال : أقرض فلان فلاناً : إذا أعطاه ما يتجازاه منه ، والاسم منه : القرض ، وهو : ما أعطيته لتكافىء عليه ، هذا إجماع من أهل اللغة .

انظر : لسان العرب : ٣٥٨٨/٥ ، المصباح المنير : ٤٩٧/٢ .

واصطلاحاً :

عرّفه الحنفية بأنه : ـ هو المضاربة عندهم ـ عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب .

عرّفه المالكية بأنه : توكيل على تجرٍ في نقدٍ مضروبٍ مُسَلمٍ بجزء من ربحه .

عرّفه الحنابلة بأنه : دفع مال معلوم أو ما في معناه لمَن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه .

انظر : حاشية الدسوقي : ٥١٧/٣ ، فتح القدير : ٤٤٥/٨ ، مطالب أولي النهى : ٥١٣/٣ ـ ٥١٤ .

(٢) المضاربة لغة : مفاعلة من ضرب في الأرض أي سار فيها ، ومنه قوله تعالى : ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾ يعني الذين يسافرون للتجارة ، ومنه المضاربة لهذا العقد الموصوف ، لأن المضارب يسير في الأرض طلباً للربح ، وفي الصحاح : وضاربه في المال من باب المضاربة وهي القراض بلغة أهل المدينة ، نوّرها الله تعالى ، والمقارضة : المضاربة ، وقد قارضتُ فلاناً قِراضاً ، أي دفعت إليه مالاً ليتجر فيه ويكون الربح «بينكما على ما تشترطان» .

انظر : المصباح المنير ٥٤٧/٢ ، والقاموس المحيط ٩٩/١ ، لسان العرب ٢٥٦٩/٣ .

اصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب .

عرّفها المالكية بأنها : تمكين مال لمَن يتجر به من ربحه .

عرّفها الحنابلة بأنها : هي دفع مال وما في معناه معين معلوم قدره إلى مَن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه له أو لعبده أو لأجنبي مع عمل منه . =

الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ : إِلَيْهِ مَالاً لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ ، وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ كَوْنُ المَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ خَالِصَةً ، فَلَا يَجُوزُ عَلَى تِبْرٍ وَحُلِيٍّ وَمغْشُوش وَعُرُوضٍ

ضرباً ، وجمع المصنف بين اللغتين في قوله : القراض والمضاربة . والأصل فيه الإجماع ، والقياس على المساقاة ؛ لأنها إنما جوّزت للحاجة من حيث إن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها ولا يتفرغ له ، ومَن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه ، وهذا المعنى موجود في القراض ، فكان الأولى تقديم المساقاة على خلاف ترتيب المصنف ، وهو كما قيل : رخصة خارج عن قياس الإجارات كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم يخلق والحوالة عن بيع الدين بالدين ، والعرايا عن المزابنة ، واحتج له الماوردي بقوله تعالى ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَبِّكُمْ﴾ [البقرة : ١٩٨] وبأنه ﷺ : «ضَارَبَ لِخَدِيجَةَ بِمَالِهَا إِلَى الشَّامِ وَأَنْفَذَتْ مَعَهُ عَبْدَهَا مَيْسَرَةَ» . وأما **(القراض والمضاربة)** والمقارضة شرعاً فهو **(أن يدفع)** أي المالك **(إليه)** أي العامل **(مالاً ليتجر)** أي العامل **(فيه والربح مشترك)** بينهما ، فخرج بيدفع عدم صحة القراض على منفعة كسكنى الدار ، وعدم صحته على دين سواء أكان على العامل أم غيره ، وخرج بقوله : والربح مشترك الوكيل والعبد المأذون .

تنبيه : قال السبكي : قد يشاحح المصنف في قوله : إن يدفع ، ويقال : القراض العقد المقتضي للدفع ، لا نفس الدفع اهـ . وأركانه خمسة : **مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان** . ثم شرع في شرط الركن الأوّل ، فقال : **(ويشترط لصحته كون المال)** فيه **(دراهم أو دنانير خالصة)** بالإجماع كما نقله الجويني . وقال في الروضة بإجماع الصحابة ، **(فلا يجوز على تبر)** وهو الذهب والفضل قبل ضربهما . وقال الجوهري : لا يقال : تبر إلا للذهب **(و)** لا على **(حليّ ومغشوش)** من الدراهم والدنانير وإن راجعت وعلم قدر غشها وجوّزنا التعامل بها ؛ لأن الغش الذي فيها عرض ، وخالف في ذلك السبكي ، فقال : يقوى عندي أن أفتي بالجواز ، وأن أحكم به إن شاء الله تعالى **(و)** لا على **(عروض)** مثلية كانت أو متقوّمة ولو فلوساً ؛ لأن القراض عقد غرر إذ العمل فيه غير مضبوط ، والربح غير موثوق به ، وإنما جوّز للحاجة فاختص بما يروج غالباً ، ويسهل التجارة به ، وهو الأثمان ،

= انظر : مجمع الأنهر : ٣٢١/٢ ، حاشية ابن عابدين ٦٤٥/٥ ، أسهل المدارك ٣٤٩/٢ ، الإقناع ٢٥٩/٢ ، والمغني ٥٢/٥ ، والإشراف ٧/٢ .

وَمَعْلُوماً مُعَيَّناً ، وَقِيلَ يَجُوزُ على إحْدَى الصُّرَّتَيْنِ ، وَمُسَلَّماً إِلَى الْعَامِلِ

ويجوز أن يكون دراهم ودنانير معاً ، وعبارة المحرّر : ويكون نقداً ، وهو الدراهم والدنانير . قال ابن الرفعة : والأشبه صحة القراض على نقد أبطله السلطان . قال الأذرعي : وفيه نظر إذا عزّ وجوده أو خيف عزته عند المفاصلة اهـ ، وهذا هو الظاهر (و) لا بدّ أن يكون المال المذكور (معلوماً) فلا يجوز على مجهول القدر دفعاً لجهالة الربح ، بخلاف رأس مال السلم ، فإنه لم يوضع على الفسخ بخلافه ، ولا على مجهول الصفة كما قاله ابن يونس ، ومثلها الجنس . قال السبكي : ويصح القراض على غير المرئي ؛ لأنه توكيل ، وأن يكون (معيناً) فلا يجوز على ما في ذمّته أو ذمّة غيره كما في المحرّر وغيره ، ولا على إحدى الصرتين لعدم التعيين (وقيل : يجوز على إحدى الصرتين) المتساويتين في القدر والجنس والصفة ، فيتصرّف العامل في أيتهما شاء فيتعين القراض ، ولا بدّ أن يكون ما فيهما معلوماً ، نعم على الأوّل لو قارضه على دراهم أو دنانير غير معينة ، ثم عينها في المجلس صح كما صححه في الشرح الصغير واقتضاه كلام الروضة ، وأصلها كالصرف والسلم ، وقيل : لا يصح ، وبه قطع البغوي والخوارزمي ، وهو مقتضى كلام المصنف كأصله .

تنبيه : مقتضى كلامه عدم صحة القراض في إحدى الصرتين على الأوّل وإن عينت في المجلس ، وهو ظاهر لفساد الصيغة وإن اقتضى كلام بعض المتأخرين الصحة ، ويستثنى من اشتراط التعيين ما لو خلط ألفين بألف لغيره . ثم قال : قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر ، فإنه يجوز مع عدم تعيين ألف القراض ، وينفرد العامل بالتصرف في ألف القراض ، ويشتركان في التصرّف في باقي المال ، ولا يخرج على الخلاف في جمع الصفقة الواحدة عقدين مختلفين ؛ لأنهما يرجعان إلى التوكيل في التصرّف ، ولو كان بين اثنين دراهم مشتركة ، فقال : أحدهما للآخر : قارضتك على نصيبي منها صح ، ولو قارض المودع أو غيره على الوديعة أو الغاصب على المغصوب صحّ وبرىء الغاصب بتسليم المغصوب لمن يعامل ؛ لأنه سلمه بإذن مالكه ، وزالت عنه يده لا بمجرّد القراض ، ولو قال شخص لآخر : اقبض ديني من فلان ، فإذا قبضته فقد قارضتك عليه لم يصح لتعليقه . ولو قال : آعزل مالي الذي في ذمّتك فعزله ، ولم يقبضه ثم قارضه عليه لم يصح . لأنه لا يملك ما عزله بغير قبض . ولو اشترى له في ذمّته وقع العقد للآمر . لأنه آشترى له بإذنه والربح للآمر لفساد القراض ، وعليه للعامل أجرة مثله (و) أن يكون (مسلماً إلى العامل) ،

فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ المَالِ فِي يَدِ المَالِكِ ، وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ ، وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ المَالِكِ مَعَهُ على الصَّحِيحِ ، وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا ،

وليس المراد اشتراط تسليم المال إليه حال العقد أو في مجلسه . وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه والتصرّف فيه ، ولهذا قال : **(فلا يجوز)** ولا يصح الإتيان بما ينافي ذلك ، وهو **(شرط كون المال في يد المالك)** أو غيره ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل . ولا شرط مراجعته في التصرّف . لأنه قد لا يجده عند الحاجة **(ولا)** شرط **(عمله)** أي المالك **(معه)** أي العامل . لأن انقسام التصرف يفضي إلى انقسام اليد .

تنبيه : قضية كلامه كالمحرّر أن هذا من محترز قوله : مسلماً إلى العامل ، وليس مراداً ، بل هو شرط آخر ، وهو استقلال العامل بالتصرف ، فكان الأولى أن يقول : وإن يستقل بالتصرّف ، فلا يجوز شرط عمله معه ، ولو شرط كون المال تحت يد وكيله ، وأن يكون معه مشرف مطلع على عمله من غير توقف في التصرف على مراجعته لم يصح أخذاً من التعليل السابق ، نبّه عليه الإسنوي **(ويجوز شرط عمل غلام)** أي عبد **(المالك معه)** معيناً له لا شريكاً له في الرأي **(على الصحيح)** كشرط إعطاء بهيمة له ليحمل عليها . والثاني : لا يجوز كشرط عمل السيد ؛ لأن يد عبده يده . وأجاب الأوّل : بأن عبده وبهيمته مال ، فجعل عملهما تبعاً للمالك بخلاف المالك ، وبخلاف عبده إذا جعله شريكاً في الرأي لما مرّ ، ويشترط أن يكون العبد والبهيمة معلومين بالرؤية أو الوصف ، تعبير المصنف بغلامه يشمل أجيره الحر فالظاهر كما قال شيخنا : إنه كعبده ؛ لأنه مالك لمنفعته . وقد ذكر الأذرعي مثله في المساقاة ، وإنما جعلت الغلام في كلامه بمعنى العبد ؛ لأنه متفق عليه ، ولو شرط لعبده جزءاً من الربح صحّ ، وإن لم يشرط عمله معه لرجوع ما شرط لعبده إليه .

تنبيه : سكوت المصنف عن بيان نوع ما يتجر فيه العامل مشعر بأنه لا يشترط ، ويحمل الإطلاق على العرف وهو الصحيح في الروضة ، وإن جزم الجرجاني باشتراطه . ثم شرع في الركن الثاني وهو العمل ، فقال : **(ووظيفة العامل التجارة)** وهي الاسترباح بالبيع والشراء .

فائدة : الوظيفة بظاء مشالة ما يقدر عليه الإنسان في كل يوم ونحوه **(و)** كذا **(توابعها)** مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه **(كنشر الثياب وطيها)** وذرعها وغير ذلك مما سيأتي ، ومنه

فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنُ وَيَخْبِزُ ، أَوْ غَزْلاً يَنْسجُهُ وَيَبِيعُـهُ فَسَدَ الْقـرَاضُ ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْـدُرُ وُجُودُهُ ، أَوْ مُعَـامَلَةَ شَخْصٍ ،

أن ما يلزم العامل فعله إذا استأجر عليه يستأجر عليه من ماله ، وما لا يلزمه إذا استأجـر عليه يستأجر عليه من مال القراض ، وخرج بالتجارة استخراج العامـل الربـح بآحتـراف كما يشير إليـه قولـه : (فلو قارضـه ليشتري حنـطة) مثلاً (فيـطحن) ويعجن (ويخبز) ويبيـع ذلك (أو) يشتـري (غزلاً) مثـلاً (ينسجه ويبيعـه) والربـح بينهما (فسـد القـراض) في الصـورتين ؛ لأن القراض شرع رخصة للحاجة ، وهذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها ، فلم تشملها الرخصة والعامل فيها ليس متجراً ، بل محترفاً فليست من وظيفة العامل ، فلو اشترى الحنطة وطحنها من غير شرط لم ينفسخ القراض فيها في الأصح . ثم إن طحن بغير الإذن فلا أجرة له ، ولو استأجر عليه لزمته الأجرة ويصير ضامناً وعليه غرم ما نقص بالطحن ، فـإن باعـه لم يكن الثمن مضموناً عليه ؛ لأنه لم يتعدّ فيه وإن ربح فالربح بينهما كما شرطا ، ولـو شرط أن يستأجر العامل مَن يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرّف فقط . قال في المطلب يظهر الجواز . قال الأذرعي : وفيه نظر ؛ لأن الربح لم ينشـأ عن تصرّف العـامل . وقـد قال القاضي حسين : لو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخزنها مدّة ، فإذا ارتفـع سعرهـا باعهـا لم يصح ؛ لأن الربح ليس حاصلاً من جهة التصرّف ، وفي البحر نحوه ، وهذا هـو الظاهـر بل لو قال : على أن تشتري الحنطة وتبيعها في الحال فإنـه لا يصح . ويشتـرط أن لا يضيق المالك على العامل في التصـرّف (و) حينئذ (لا يجـوز أن يشرط عليـه شراء) بـالمدّ بخـطه (متـاع معين) كهذه الحنـطة أو هـذا الثـوب (أو) شـراء (نـوع ينـدر وجـوده) كـالخيـل البلق والياقوت الأحمر والخز الأدكن (أو) شرط عليه (معاملة شخص) بعينه كلا تبع إلا لـزيد أو لا تشترِ إلا منه ، لإخلاله بالمقصود ؛ لأن المتـاع المعين قد لا يـربح ، والنـادر قد لا يجـده ، والشخص المعين قد لا يعامله . وقد لا يجد عنده ما يظنّ أن فيه ربحاً . قال في الحـاوي : ويضر تعيين الحانوت دون السوق ؛ لأن السوق كالنوع العام والحانوت كالعرض المعين .

تنبيـه : أفهم كلام المصنف أن النوع إذا لم ينـدر وجوده أنـه يصح ؛ ولـو كان ينقـطع كالفواكه الرطبة ؛ وهو كذلك لانتفاء التضييق . وكذا إن ندر . وكان بمكـان يوجـد فيه غـالباً قاله الماوردي والروياني ، ولو نهاه عن هذه الأمور صح ؛ لأنه يمكنه شـراء غير هـذه السلعة والشراء والبيع من غير زيد . ولـو قارضـه على أن يصارف مـع الصيارفـة فهل يتعينـون عملاً

وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا فَسَد،وَإِنْ مَنَعَهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ ،

بالشرط فتفسد المصارفة مع غيرهم أو لا ؟ لأن المقصود بذلك أن يكون تصرفه صرفاً لا مع قوم بأعيانهم وجهان . أوجههما : الأوّل إن ذكر ذلك على وجه الاشتراط ، وإلا فالثاني . ولا يشترط تعيين ما يتصرّف فيه بخلاف الوكالة ، والفرق أن العامل حظاً يحمله على بذل المجهود ، بخلاف الوكيل وعليه الامتثال لما عينه إن عين كما في سائر التصرفات المستفادة بالإذن فالإذن في البز يتناول ما ليس من المنسوج لا الأكسية ونحوها كالبسط عملاً بالعرف ؛ لأن بائعها لا يسمى بزازاً **(ولا يشترط بيان مدّة القراض)** بخلاف المساقاة ؛ لأن مقصود القراض ، وهو الربح ليس له وقت معلوم بخلاف الثمرة ؛ ولأنهما قادران على فسخ القراض بخلاف المساقاة ، ولو قال: قارضتك ما شئت أو ما شئت جاز ؛ لأن ذلك شأن العقود الجائزة ولا يصح إلا أن يعقد في الحال ، فإن علقه على شرط كأن قال : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك أو علق تصرّفه كأن قال : قارضتك الآن ، ولا تتصرّف حتى ينقضي الشهر لم يصح . أما في الأولى فكما في البيع ونحوه . وأما الثانية فكما لو قال : بعتك هذا ولا تملكه إلا بعد شهر ، ولو دفع إليه مالاً وقال : إذا مت فتصرّف فيه بالبيع والشراء قراضاً على أن لك نصف الربح لم يصح ، وليس له التصرّف بعد موته ؛ لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صحّ **(فلو ذكر مدّة)** كشهر لم يصح لإخلال التأقيت بمقصود القراض فقد لا يربح في المدّة وإن عين مدّة كشهر **(ومنعه التصرّف)** أو البيع كما في المحرّر **(بعدها فسد)** العقد لما مرّ **(وإن منعه الشراء)** فقط كأن قال : لا تشتر **(بعدها)** ، ولك البيع **(فلا)** يفسد البيع **(في الأصحّ)** لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد الشهر ، ويؤخذ من التمثيل بشهر كما في التنبيه أن تكون المدّة كما قال الإمام : يتأتى فيها الشراء لغرض الربح بخلاف نحو ساعة .

تنبيه : ظاهر عبارة المصنف كغيره أنه أقت القراض بمدّة ومنعه الشراء بعدها ، وليس مراداً ، بل المراد ، أنه لم يذكر تأقيتاً أصلاً كقوله قارضتك ولا تتصرّف بالشراء بعد شهر فإن القراض المؤقت لا يصح سواء أمنع المالك العامل التصرّف أم البيع ، كما مرّ أم سكت أم الشراء ، كما قاله شيخنا في شرح منهجه ، ولو كانت المدّة مجهولة كمدّة إقامة العسكر قال الماوردي : فيه وجهان اهـ والظاهر منهما عدم الصحة . ثم شرع في الركن الثالث : وهو

وَيُشْتَـرَطُ اخْتِصَاصُهُمَـا بِالـرِّبْحِ وَاشْتِـرَاكِهِمَا فِيـهِ، وَلَوْ قَـالَ قَارَضْتُكَ على أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَكَ فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ قِرَاضٌ صَحِيحٌ وَإِنْ قَـالَ كُلُّهُ لِي فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وقِيلَ إِبْضَاعٌ ، وَكَوْنُهُ مَعْلُوماً بِالجُزْئِيَّةِ فَلَوْ قَالَ

الـربح ، فقـال : (**ويشترط اختصـاصهما بـالربـح**) ؛ فلا يجـوز شـرط شيء منـه لثـالث إلا عبد المالك كما مرّ أو عبد العامل ، فإن ما شرط له يضم إلى ما شرط لسيده .

تنبيـه : جـرى المصنف رحمـه الله تعـالى هنـا على القـاعـدة من دخـول البـاء على المقصور خلاف تعبير المحرر والرّوضة كأصلها من دخولها على المقصور عليه حيث قالوا : يشترط آختصاص الربح بهما (**واشتراكهما فيه**) ، ليـأخذ المـالك بملكـه والعامـل بعمله فلا يختص به أحدهما .

تنبيـه : لا يغني الشـرط الأوّل عن هذا خـلافاً لِمَن قـال : ذلـك ؛ لأنـه إذا آنفـرد بـه أحدهما صدق عليه اختصاصهما به إذ لم يشرط فيـه شيء لثالث (**فلو قـال : قارضتـك على أن كل الربح لك فقراض فاسد**) في الأصح نظراً للفظ (**وقيل : قراض صحيح**) نظراً للمعنى (**وإن قـال**) المالـك : (**كله**) أي الربـح (**لي فقراض فـاسد**) في الأصـحّ لمـا مـرّ ، فيستحق العامل حينئذ على المالك في الأولى أجرة عمله دون الثانية وينفذ تصرفه فيهما ، كمـا سيأتي (**وقيل**) هو (**إبضاع**) أي توكيل بلا جعل لما مـرّ أيضاً ، والإبضـاع بعث المال مـع مَن يتجر فيـه متبرّعـاً ، والبضاعـة المال المبعـوث ، ويجري الخـلاف فيما لـو قال أبضعتـك على أن نصف الربح لك أو كله لك هل هو قراض فاسد أو إبضاع ؟ ولـو قال : خـذه وتصرّف فيـه ، والربح كله لك فقرض صحيـح ، أو كله لي فإبضـاع ، وفارقت هـذه المسألـة المتقدمـة بأن اللفظ فيها صريـح في عقد آخـر ، ولو اقتصـر على قولـه أبضعتك كـان بمثابـة قولـه تصرف والربح كله لي فيكون إبضاعاً كما هو مقتضى كلامهم . قـال في المطلب : وكـلام الفوراني وغيره يدل عليه ، ولو دفع إليه دراهم وقال : اتجر فيها لنفسك حمل على أنه قرض في أحد وجهين : يظهر ترجيحه كما قاله بعض المتأخرين ، والوجه الآخر أنـه هبة ، ولـو قال : خـذ المال قراضاً بالنصف مثـلاً صحّ في أحـد وجهين رجحه الإسنـوي أخذاً من كـلام الرافعي ، فعلى هذا لو قـال المالـك : أردت أن النصف لي فيكون فـاسداً ، أو ادّعى العـامل العكس صدّق العامل بيمينه ؛ لأن الظاهر معه قاله سليم (**و**) يشترط (**كـونه**) أي الإشـراك في الربـح (**معلوماً بالجزئية**) كالنصف أو الثلث . ثم شرع في محتـرز قولـه معلوماً بقـوله (**فلو قـال**) :

عَلَى أَنَّ لَكَ فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيباً فَسَدَ ، أَوْ بَيْنَنَا فَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ لِيَ النِّصْفُ فَسَدَ في الأَصَحِّ ، وَإِنْ قَالَ لَكَ النِّصْفُ صَحَّ على الصَّحِيحِ ، وَلَوْ شَرَطَ لأَحَدِهِمَا عَشَرَةً أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ فَسَدَ .

قارضتك **(على أن لك)** أولى **(فيه شركة أو نصيباً)** أو جزءاً أو شيئاً من الربح أو على أن تخصني بدابة تشتريها من رأس المال أو تخصني بركوبها أو بربح أحد الألفين مثلاً ولو كانا مخلوطين أو على أنك إن ربحت ألفاً ، فلك نصفه أو ألفين فلك ربعه **(فسد)** القراض في جميع ذلك للجهل بقدر الربح في الأربعة الأول ، وبعينه في الأخيرة ؛ ولأن الدابة في صورتها الثانية ربما تنقص بالاستعمال ويتعذر التصرّف فيها ؛ ولأنه خصص العامل في التي تليها ، وفي صورتها الأولى بربح بعض المال **(أو)** أن الربح **(بيننا فالأصح الصحة ويكون نصفين)** كما لو قال هذه الدار بيني وبين فلان فإنها تجعل بينهما نصفين . والثاني : لا يصح لاحتمال اللفظ لغير المناصفة فلا يكون الجزء معلوماً ، كما لو قال : بعتك بألف دراهم ودنانير ، ولو قال : قارضتك على أن الربح بيننا أثلاثاً لم يصحّ ، كما في الأنوار للجهل بمَن له الثلث ومَن له الثلثان ، ولو قال : قارضتك كقراض فلان وهما يعلمان القدر المشروط صح ، وإلا فلا ، ولو قال : قارضتك ولك ربع سدس العشر صح وإن لم يعلما قدره عند العقد لسهولة معرفته ، كما لو باعه مرابحة وجهلاً حال العقد حسابه **(ولو قال : لي النصف)** مثلاً وسكت عن جانب العامل **(فسد في الأصح)** ؛ لأن الربح فائدة المال فيكون للمالك ؛ إلا أن ينسب منه شيء إلى العامل ولم ينسب إليه شيء . والثاني : يصحّ ويكون النصف الآخر للعامل **(وإن قال : لك النصف)** مثلاً وسكت عن جانبه **(صحّ على الصحيح)** ؛ لأن الذي سكت عنه يكون للمالك بحكم الأصل ، فكان كقوله : لك النصف ولي النصف بخلاف الصورة السابقة . والثاني : لا يصح كالتي قبلها . ثم شرع في محترز قوله بالجزئية ، فقال : **(ولو شرط لأحدهما)** مالك أو عامل **(عشرة)** بفتح العين والشين بالنصب بخطه من الربح والباقي للآخر ، أو بينهما كما صرّح به في المحرّر **(أو)** شرط لأحدهما **(ربح صنف)** من مال القراض أو شرط له النصف وديناراً مثلاً أو إلا ديناراً **(فسد)** القراض لانتفاء العلم بالجزئية ، ولأن الربح قد ينحصر فيما قدره أو في ذلك النصف فيؤدّي إلى اختصاص أحدهما بالربح ، وهو خلاف وضع القراض ، ولو قال : قارضتك ولم يتعرض للربح فسد القراض ؛ لأنه خلاف وضعه . ثم شرع في الركن الرابع ، وهو الصيغة مترجماً له بفصل فقال :

فصـــل

يُشْتَـرَطُ إيجَابٌ وَقَبُـولٌ ، وَقِيـلَ يَكْفِي الْقَبُـولُ بِـالْفِعْـلِ ، وَشَـرْطُهُمَـا كَـوَكِيـلٍ وَمُوَكلٍ ،

فصل: يشترط

لصحة القراض صيغة ، وهي (**إيجاب**) كقارضتك أو ضاربتك أو عاملتك أو بع واشتر على أن الربح بيننا نصفين ، فلو قال : اشتر ولم يذكر البيع لم يصح في الأصح (**وقبـول**) متصل بالإيجاب بالطريق المعتبر في البيع ولو في قـوله خـذه وآتجر فيـه أو اعمل فيـه ؛ لأنه عقد معاوضة يختص بمعين كالبيع .

تنبيـه : تسمح المصنف في إطلاق الشـرط على الصيغة فـإنها ركن كمـا مر ، وعبـارة المحرر لا بدّ في القراض من الإيجاب القبول . وهي أظهر في المراد من عبارة المتن لدلالة كلمة في على دخولهما في ماهيـة القراض ، وتقـدّم له مثـل ذلك في البيـع وقدّمنـا هناك أن مـراده بالشـرط ما لا بـدّ منه ، وعلى هـذا فهو مسـاو لعبارة المحـرّر (**وقيـل : يكفي القبـول بالفعل**) كما في الوكالة والجعالة إن كانت صيغة الإيجاب لفظ أمر كخذ فيكفي أخذ الدراهم مثلاً ، فلو كانت لفظ عقد كقارضتك ، فلا بدّ في القبول من اللفظ كما يقتضيه كلام المحرر والرّوضة وأصلها ، والأصح المنع مطلقاً لما مرّ أنه عقد معاوضة الخ فلا يشبه الوكالة ؛ لأنها مجـرّد إذن ، ولا الجعالـة ؛ لأنها لا تختص بمعين . ثم شـرع في الـركن الخـامس ، وهـو العـاقدان ذاكـراً لشرطهمـا فقال : (**وشـرطهما**) أي المـالك والعـامل (**كـوكيل ومـوكـل**) في شرطهما ؛ لأن القراض توكيـل وتوكـل بعوض ، فيشتـرط أهلية التـوكيل في المـالك وأهليـة التوكل في العـامل ، فـلا يكون واحـد منهما سفيهـاً ولا صبياً ولا مجنـوناً ولا رقيقـاً بغير إذن سيده ، ولوليّ المحجور عليه من صبي ومجنـون وسفيه أن يقـارض مَن يجوز إيـداعه المـال المـدفوع إليـه ، سواء أكـان الوليّ أبـاً أم جدًّا أم وصيـاً أم حاكمـاً أم أمينه . نعم إن تضمن العقد الإذن في السفر اتجه كما في المطلب كونه كإرادة الولي السفر بنفسه . وأما المحجـور عليه بالفلس ، فلا يصحّ أن يقارض ويصحّ أن يكـون عامـلاً ، ويصحّ القـراض من المريض ولا يحسب ما زاد على أجرة المثل من الثلث ؛ لأن المحسوب منه ما يفوته من مـاله والـربح ليس بحـاصل حتى يفـوته ، وإنمـا هو شيء يتـوقع حصـولـه ، وإذا حصـل حصـل بتصـرّف العامل ، بخلاف مساقاته فـإنه يحسب فيهـا ذلك من الثلث ؛ لأن الثمـار فيها من عين المـال

وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخرَ بِإِذْنِ المَالِكِ لِيُشَارِكَهُ في الْعَمَلِ وَالرِّبْحِ لَمْ يَجُزْ في الأَصَحِّ ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ، فَإِنِ ٱشْتَرَى في الذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِالجَدِيدِ فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الأَوَّلِ في الأَصَحِّ ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ ، وَقِيلَ هُوَ

بخلافه (**ولو قارض العامل**) شخصاً (**آخر بإذن المالك ليشاركه**) ؛ ذلك الآخر (**في العمل والربح لم يجز في الأصح**) ؛ لأن القراض على خلاف القياس ، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكاً لا عمل له والآخر عاملاً ، ولو متعدّداً لا ملك له وهذا يدور بين عاملين فلا يصحّ . والثاني : يجوز كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين في الابتداء ، وقوّاه السبكي ، وقال في شرح التعجيز : إنه الذي قطع به الجمهور وردّ بما مرّ .

تنبيه : آحترز بقوله : ليشاركه في العمل عن إذنه له في ذلك لينسلخ هو من القراض ، ويكون فيه وكيلاً عن المالك والعامل هو الثاني فإنه يصح جزماً كما لو قارضه المالك بنفسه ، ومحله كما قال ابن الرفعة إذا كان المال مما يجوز عليه القراض ، فلو دفع ذلك بعد تصرفه وصيرورته عرضاً لم يجز . قال الماوردي : ولا يجوز عند عدم التعيين أن يقارض إلا أميناً والأشبه في المطلب أنه ينعزل بمجرّد الإذن له في ذلك إن ابتدأه المالك به ، لا إن أجاب به سؤاله فيه (**وبغير إذنه فاسد**) مطلقاً سواء أقصد المشاركة في عمل وربح أم ربح فقط أم قصد الانسلاخ ؛ لأن المالك لم يأذن فيه ، ولم يأتمن على المال غيره كما لو أراد الوصي أن ينزل وصياً منزلته في حياته يقيمه في كل ما هو منوط به ، فإنه لا يجوز كما قاله الإمام . قال السبكي : ولو أراد ناظر وقف شرط له النظر إقامة غيره مقامه وإخراج نفسه من ذلك كان كما مرّ في الوصي . قال : وقد وقعت هذه المسألة في الفتاوي ؛ ولم أتردّد في أن ذلك ممنوع (**فإن تصرّف**) العامل (**الثاني**) بغير إذن المالك (**فتصرّف غاصب**) تصرّفه فيضمن ما تصرّف فيه ؛ لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل (**فإن اشترى في الذمّة**) وسلم ما أخذه من مال القراض فيما اشتراه وربح (**وقلنا : بالجديد**) ، وهو أن الربح كله للغاصب (**فالربح**) هنا جميعه (**للعامل الأوّل في الأصح**) ، لأن الشراء صحيح والتسليم فاسد فيضمن الثمن الذي سلمه ويسلم له الربح سواء أعلم بالحال أم لا كما صرّح به سليم الرازي ، وقوله : (**وعليه للثاني أجرته**) من زيادته من غير تمييز ؛ لأنه لم يعمل مجاناً ، فإن قلنا بالقديم وهو أن الربح للمالك إذ لو جعلناه للغاصب لاتخذه الناس ذريعة إلى الغصب ، فالأصح عليه من خلاف منتشر أن الربح نصفه للمالك ونصفه بين العاملين سواء (**وقيل هو**)

لِلثَّانِي وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ فَبَاطِلٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلاً وَمُتَسَاوِياً ، وَالإِثْنَانِ وَاحِداً وَالرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ ، وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ

أي الربح في المسألة المذكورة **(للثاني)** من العاملين ، واختاره السبكي لأنه لم يتصرّف بإذن المالك فأشبه الغاصب .

تنبيـه : هذا الجديد الذي ذكره لم يتقدّم له ذكر في الكتاب ، فلا تحسن الإحالة عليه وقد صرّح في المحرر هنا بمسألة الغـاصب وذكر القـولين فيها ثم فـرّع على الجديـد مسألـة الكتاب وهو حسن ، فأسقط المصنف مسألـة الغاصب وهي أصـل لما ذكـره فاختـلّ ، وإنما أحـال عليه في الـروضة مـع عدم ذكره له هنـا لتقدّم ذكـره له في البيـع والغصب ، وسكت المصنف عن التفـريع على القـديم **(وإن اشترى)** هـذا الثاني **(بعين مـال القـراض فبـاطـل)** شراؤه على الجديد القائل ببطلان شراء الفضولي. وأما القديم المقابل له ، فقائل بـالوقف ، هذا كله إن بقي المال فإن تلف في يد العـامل الثـاني وعلم بالحـال فغاصب فقـرار الضمان عليـه ، وإن جهل فعلى العـامل الأوّل **(ويجـوز أن يقارض)** في الابتـداء المالـك **(الـواحـد اثنين)** كزيد وعمرو **(متفاضلاً ومتساوياً)** فيما شرط لهما من الربح ، فيشرط لزيد ثلث الربـح ولعمرو سدسه ، أو يشرط لهما بالسوية بينهما ، لأن عقد الـواحد مـع اثنين كعقدين ، وعنـد التفاضل ، لا بدّ أن يعين مستحق الأكثر كما مثلنا هذا إذا أثبت لكل منهما الاستقلال ، فـإن شـرط على كل واحـد مـراجعـة الآخر قـال الإمـام : لم يجـز . قـال الـرافعي : ولم أرَ أن الأصحاب يساعـدونه عليـه . قال في المهمـات : والأمر كـذلك . وقـال البلقيني : ما قـاله الإمـام الأصحاب يسـاعدونـه عليه ، فـالوجـه القطع بـه فـإن من شـرط القـراض الاستقـلال بالتصرّف وهنا ليس كذلك اهـ وهذا هو الظاهـر **(و)** يجوز أيضـاً أن يقارض **(الاثنـان)** عامـلاً **(واحداً)**؛ لأن ذلك كعقد واحد، ثم إن تساويا فيما شرط فذاك وإن تفاوتا، كأن شرط أحدهما النصف والآخر الربع ، فإن أبهما لم يجز ، أو عينـا جاز إن علم بقـدر ما لكـل منهما ، **(و)** يكـون **(الربـح بعد نصيب العـامل بينهمـا)** أي المـالكين **(بحسب المـال)** ، فـإن كـان مـال أحدهما ألفين والآخر ألفاً وشرط للعامل نصف الربح اقتسما نصفه الآخر بينهمـا أثلاثـاً على نسبة ماليهما ، فإن شرطا غير ما تقتضيه النسبة فسد العقد لما فيه من شـرط الربـح لمن ليس بمالك ولا عامل **(وإذا فسد القراض نفذ تصرّف العامل)** للإذن فيه كما في الوكالة الفاسدة ،

وَالرِّبْحُ لِلْمَالِكِ،وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ إلاَّ إذَا قَالَ: قَارَضْتُكَ وَجَمِيعُ الرِّبْحِ لِي فَلاَ شَيْءَ لَهُ في الأَصَحِّ ، وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطاً لاَ بِغَبْنٍ وَلاَ نَسِيئَةٍ بِلاَ إذْنٍ ،

وليس كما لو فسد البيع لا ينفذ تصرّف المشتري ؛ لأنه إنما يتصرّف بالملك ولا ملك في البيع الفاسد ، هذا إذا قارضه المالك بماله . أما إذا قارضه بمال غيره بوكالة أو ولاية فلا كما قاله الأذرعي **(والربح)** كله حين الفساد **(للمالك)** ؛ لأنه نماء ملكه وعليه الخسران أيضاً **(وعليه للعامل أجرة مثل عمله)** وإن لم يكن ربح ؛ لأنه عمل طامعاً في المسمى ، فإذا فات وجب ردّ عمله عليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي الأجرة ، وقيل : لا يستحق أجرة عند عدم الربح وهو القياس ؛ لأن القراض الصحيح لا يستحق فيه شيئاً عند عدم الربح .

تنبيه : ظاهر كلامهم أنه يستحق الأجرة سواء علم بالفساد أم لا . قال السبكي : ولعلّ سببه أنه أذن أن يعمل بعوض ، فلا يحبط عمله **(إلا إذا قال)** المالك : **(قارضتك وجميع الربح لي)** وقبل العامل ، **(فلا شيء له في الأصح)** ؛ لأنه عمل مجاناً غير طامع في شيء : والثاني : له أجرة المثل كسائر أسباب الفساد وصححه ابن الرفعة **(ويتصرّف العامل محتاطاً)** في تصرّفه كالوكيل وحينئذ يجب عليه أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن الحالّ ، و **(لا)** يتصرّف **(بغبن)** فاحش في بيع أو شراء **(ولا نسيئة)** في ذلك **(بلا إذن)** من المالك في الغبن والنسيئة ؛ لأنه في الغبن يضرّ بالمالك وفي النسيئة ربما هلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك فيتضرّر أيضاً ، فإن أذن جاز ، ويجب الإشهاد في البيع نسيئة ، وقياس ما مرّ في الوكالة بأداء الدين ونحوه الاكتفاء بشاهد واحد وبمستور ، قاله الإسنوي ، فإن ترك الإشهاد ضمن . قال الأذرعي : ويجب أن يكون البيع من ثقة مليء كما مرّ في بيع المحجور وفي الثمن الحالّ لا يلزمه الإشهاد لعدم جريان العادة به في البيع الحال ، ويحبس المبيع إلى قبض الثمن كما مرّ . فإن سلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن إلا أن يأذن له المالك في ذلك فلا يضمن للإذن . قال الماوردي : ولا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يشتري أو يبيع سلماً ؛ لأن عقد السلم أكثر غرراً . نعم إن أذن له في الشراء سلماً جاز أو في البيع سلماً لم يجز ، وفرق بينهما بوجود الحظ غالباً في الشراء دون البيع ، والأوجه كما قال شيخنا جوازه في صورة البيع أيضاً لوجود الرضا من الجانبين ، وليس له أن يشتري شيئاً بثمن مثله وهو لا يرجو حصول ربح فيه ؛ لأن الإذن لا يقتضيه ، قاله الماوردي ، ولا يشتري بغير جنس رأس المال . قال الماوردي : ولو شرط على العامل البيع بالمؤجل دون

وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكَ ، وَلَا يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَلَا مَنْ يَعْتِقُ على الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،

المطلب : يرجع إلى العامل إن جوّزنا له شراء المعيب بقيمته : أي وهو الأصح كما مرّ أن رأى فيه مصلحة .

تنبيه : حيث ينقلب العقد للوكيل فيما مرّ في الوكالة ينقلب للعامل هنا **(ولا يعامل)** العامل **(المالك)** بمال القراض ؛ لأنه يؤدّي إلى بيع ماله بماله ، ولا فرق في ذلك بين أن يظهر في المال ربح أو لا ، فإن عامله بغيره صحّ ، ولو كان له عاملان كل واحد منهما منفرد بمال ، فهل لأحدهما الشراء من الآخر ؟ فيه وجهان في العدّة والبيان أصحهما لا **(ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال)** وربحه ؛ لأن المالك لم يرضَ بأن يشغل العامل ذمّته إلا بذلك ، فإن فعل لم يقع الزائد لجهة القراض ، فلو كان رأس المال وحده أو مع ربحه مائة فاشترى عبداً بمائة ثم اشترى آخر بعين المائة فالثاني باطل سواء اشترى الأوّل بالعين أم في الذمّة ؛ لأنه إن اشتراه بالعين فقط صارت ملكاً للبائع بالعقد الأوّل ، فإن اشترى في الذمّة ، فقد صارت مستحقة الصرف للعقد الأوّل ، وإن اشترى الثاني في الذمّة وقع للعامل حيث يقع للوكيل إذا خالف **(ولا)** يشتري **(مَن يعتق على المالك)** لكونه أصله أو فرعه أو كان أقرّ بحريّته أو كان أمة مستولدة له وبيعت لكونها مرهونة ، هذا إذا كان **(بغير إذنه)** في ذلك ؛ لأن مقصود العقد تحصيل الربح وهذا خسران كله بخلاف الوكيل في شراء عبد غير معين ، فإنه يصح أن يشتري للموكل مَن لا يعتق عليه ويعتق عن الموكل لقرينة قصد الربح هنا . أما بإذنه فيصح ويعتق على المالك إن لم يكن في المال ربح ويكون الباقي هو رأس المال إن بقي شيء وإلا ارتفع القراض ، وكذا إن كان فيه ربح ويغرم المالك نصيب العامل من الربح ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض كان الحكم فيه كذلك .

تنبيه : قوله بغير إذنه . قال الأذرعي : إنه مقصور على الثانية ، وهو شراء مَن يعتق عليه ويحتمل عوده إلى التي قبلها أيضاً ولم أره نصاً اهـ وهذا هو الظاهر ، وسكت المصنف عما لو اشترى العامل مَن يعتق عليه ، وحكمه أنه إن اشتراه بالعين صحّ ولا عتق ، وإن اشتراه في الذمّة للقراض فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض أوقعناه عن القراض وحيث لم يصح هناك أوقعناه عن العامل وعتق عليه ، وظاهر أنه لو اشترى زوجته للقراض صحّ أيضاً ، وأنه لا ينفسخ نكاحه ، وليس للمالك ولا للعامل أن ينفرد بكتابة عبد القراض

وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إِنِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، وَلاَ يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلا إِذْنٍ ،

كما في الجواهر فإن كاتباه صحّ والنجوم قراض فإن عتق وثم ربح شارك العامل المالك في الولاء بقدر ما له من الربح **(وكذا زوجه)** من ذكر أو أنثى ولا يشتريه بغير إذنه **(في الأصح)** للضرر بالمالك بسبب انفساخ نكاحه . والثاني : يجوز إذ قد يكون مربحاً ، وأما الضرر في حقه فمن جهة أخرى ، بخلاف شراء القريب لفواته بالكلية .

تنبيه : قول المصنف رحمه الله : زوجه أولى من قول المحرر زوجته بالتاء قبل الهاء لما مرّ **(ولو فعل)** العامل ما منع منه من الشراء بأكثر من رأس المال وشراء مَن يعتق عليه وشراء زوج المالك **(لم يقع)** ذلك الشراء في الصورة المذكورة **(للمالك)** لئلا يتضرر بذلك **(ويقع)** الشراء **(للعامل إن اشترى في الذمة)** لما سبق في الوكالة هذا إن لم يصرح بالسفارة للقراض فإن صرح بها لزمه الثمن من ماله ، فإن أداه من مال القراض ضمنه ، وإن اشترى بعين مال القراض لم يصح ، وكذا إن اشترى في الذمة بشرط أن ينقد الثمن من مال القراض قاله الروياني **(ولا يسافر بالمال)** ، ولو كان السفر قريباً والطريق أمناً ولا مؤنة في السفر **(بلا إذن)** من المالك ؛ لأن السفر مظنة الخطر . نعم لو قارضه بمحل لا يصلح للإقامة كالمفازة فالظاهر كما قال الأذرعي إنه يجوز له السفر به إلى مقصده المعلوم لهما . ثم ليس له بعد ذلك أن يحدث سفراً إلى غير محل إقامته ، فإن أذن له جاز بحسب الإذن وإن أطلق الإذن سافر لما جرت به العادة من البلاد المأمونة ، فإن سافر بغير إذن أو خالف فيما أذن له فيه ضمن ولو عاد من السفر . ثم إن كان المتاع بالبلد الذي سافر إليه أكثر قيمة أو تساوت القيمتان صحّ البيع واستحق نصيبه من الربح وإن كان متعدياً بالسفر ويضمن الثمن الذي باع به مال القراض في سفره وإن عاد الثمن من السفر ؛ لأن سبب الضمان ، وهو السفر لا يزول بالعود وإن كان أقلّ قيمة لم يصح البيع إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به ولا يسافر في البحر إلا أن نصّ له عليه فلا يكفي فيه الإذن في السفر لخطره . [نعم إن عين له بلداً ولا طريق له إلا البحر كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر كان له أن يسافر فيه ، وإن لم ينص له عليه والإذن محمول عليه قاله الأذرعي وغيره ، والمراد بالبحر الملح كما قاله الإسنوي . قال الأذرعي : وهل يلحق به الأنهار العظيمة كالنيل والفرات لم أرَ فيه نصاً اهـ والأحسن أن يقال : إن زاد خطرها على خطر البرّ لم يجز إلا أن ينصّ له عليه كما

وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ على نَفْسِهِ حَضَراً، وَكَذَا سَفَراً في الأَظْهَرِ، وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ كَطَيِّ الثَّوْبِ وَوَزْنِ الخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ لَا الأَمْتِعَةِ الثَّقِيلَةِ ، ونَحْوُهُ ، ومَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْـهِ ، والأَظْهَرُ أَنَّ العَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتهُ مِنَ الرِّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ ،

قاله ابن شهبة] (و) لا يتصدق من مال القراض ولو بكسرة ، لأن العقد لم يتناوله ، و (لا ينفق منه على نفسه حضراً) جزماً (وكذا سفراً في الأظهر) كما في الحضر ، لأن له نصيباً من الربح فلا يستحق شيئاً آخر ، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح ، فيؤدي إلى انفراده به ، وقد تكون أكثر ، فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهو ينافي مقتضاه ، فلو شرط له النفقة في العقد فسد . والثاني : ينفق منه بالمعروف ما يزيد بسبب السفر كالإداوة والخف والسفرة والكراء ؛ لأنه حبسه عن الكسب والسفر لأجل القراض ، فأشبه حبس الزوجة بخلاف الحضر ، ويحسب هذا من الربح ، فإن لم يكن فهو خسران لحق المال وما يأخذه الرصدي والخفير يحسب من مال القراض ، وكذا المأخوذ ظلماً كأخذ المكسة كما قاله الماوردي (وعليه) أي العامل (فعل ما يعتاد) فعله من أمثاله من عمال القراض بحسب العرف (كطيّ الثوب) ونشره ، وسبقاً في قول المتن : ووظيفة العامل التجارة الخ (و) عليه أيضاً ذرع الثوب وإدراجه في الصندوق ، و(وزن الخفيف : كذهب) وفضة (ومسك) لاقتضاء العرف ذلك (لا الأمتعة الثقيلة) فليس عليه وزنها (و) لا (نحوه) بالرّفع بخطه : أي ليس عليه نحو وزنها كحملها ونقلها من الخان مثلاً للسوق وعكسه لجريان العرف بالاستئجار لذلك (وما لا يلزمه) كأجرة كيل وحفظ (له الاستئجار عليه) من مال القراض ؛ لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ، ولو فعله بنفسه لم يستحق أجرة ، وما يلزمه فعله لو اكترى عليه من فعله فالأجرة في ماله لا في مال الفراض ، فلو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال القراض . حكى الماوردي فيه وجهين ، والظاهر منهما عدم الصحة (والأظهر) عند الأكثرين كما في المحرّر (أن العامل يملك حصته من الرّبح) الحاصل بعمله (بالقسمة) للمال (لا بالظهور) للرّبح ، إذ لو ملك به لكان شريكاً في المال حتى لو هلك منه شيء هلك من المالين ، وليس كذلك ، بل الرّبح وقاية لرأس المال . والثاني : يملك بالظهور قياساً على المساقاة ، وفرّق الأوّل بأن الرّبح وقاية لرأس المال بخلاف نصيب العامل من الثمار لا يجبر به نقص النخل ، وعلى الأوّل له فيه قبل القسمة حقّ مؤكد يورث عنه ويقدّم به على الغرماء لتعلقه بالعين ، ويصح إعراضه عنه ويغرمه له المالك بإتلافه المال أو استرداده .

وَثِمَارُ الشَّجَرِ والنِّتَاجُ وكَسْبُ الرَّقِيقِ والمَهْرُ الحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا المَالِكُ ، وقِيلَ مَالُ قِرَاضٍ ، والنَّقْصُ الحَاصِلُ بِالرُّخْصِ

تنبيه : لا يستقرّ ملك العامل بالقسمة ، بل إنما يستقرّ بتنضيض رأس المال وفسخ العقد لبقاء العقد قبل الفسخ مع عدم تنضيض المال حتى لو حصل بعد القسمة نقص جبر بالرّبح المقسوم أو تنضيض المال والفسخ بلا قسمة المال لارتفاع العقد والوثوق بحصول رأس المال أو تنضيض رأس المال فقط واقتسام الباقي مع أخذ المالك رأس المال ، وكالأخذ الفسخ كما عبر به ابن المقري (وثمار الشجر والنتاج) لأمة أو بهيمة (وكسب الرّقيق) من صيد واحتطاب وقبول وصية وهبة (والمهر) وأجرة الأراضي والدوابّ (الحاصلة) كل منهما (من مال القراض) المشتري به شجر ورقيق وأرض وحيوان للتجارة ، إذا حصل في مدّة التربص لبيع كلّ من الأمور المذكورة (يفوز بها المالك) في الأصحّ ؛ لأنها ليست من فوائد التجارة . أما لو اشترى حيواناً حاملاً فيظهر كما قال الإسنوي تخريجه على نظيره من الفلس والردّ بالعيب وغيرهما (وقيل : مال قراض) ؛ لأن حصول هذه الفوائد بسبب شراء العامل الأصل .

تنبيه : إطلاقه المهر أحسن من تقييد الرّوضة بوطء الشبهة ، إذ التقييد به ليس مراداً كما قاله الأذرعي ، بل يجري في الوطء بالزنا مكرهة أو مطاوعة ، وهي ممن لا يعتبر مطاوعتها أو بالنكاح ، ويحرم على كل من المالك والعامل وطء جارية القراض ، سواء أكان في المال ربح أم لا ، إذ لا يتحقق انتفاء الرّبح في المتقوّمات إلا بالتنضيض . فإن قيل هذه العلة تنافي ما سيأتي من أن العامل لو وطىء ولا ربح أنه يحدّ إن كان عالماً فإنها تقتضي عدم الحدّ . أجيب بأن المقتضي لعدم الحدّ عند ظهور الرّبح ، إنما هو شبهة الملك ، وهي منتفية لانتفاء ظهور الرّبح ، ويحرم على كل منهما تزويجها لأنه ينقصها فيضرّ بالآخر ، وليس وطء المالك فسخاً للقراض ولا موجباً مهراً ولا حدًّا واستيلاده كإعتاقه فينفذ ويغرم للعامل حصته من الرّبح ، فإن وطىء العامل عالماً بالتحريم ولا ربح حدّ لعدم الشبهة وإلا فلا حدّ للشبهة ويثبت عليه المهر ويجعل في مال القراض كما قاله الشيخان . فإن قيل هذا إنما يأتي على طريقة الإمام لا على طريقة الجمهور من أن مهر الإمام يختص به المالك كما مرّ . أجيب بأن وطء العامل كالتصرّف في مال القراض ، فالمهر كالربح بخلاف وطء الأجنبيّ (والنقص الحاصل) في مال القراض (بالرّخص) أو العيب أو المرض الحادثين

مَحْسُوبٌ مِنَ الرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ، وكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الأَصَحِّ ، وَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ فِي الأَصَحِّ .

(**محسوب من الرّبح ما أمكن**) الحساب منه (**ومجبور**) ذلك النقص (**به**) ، أي الرّبح لاقتضاء العرف ذلك .

تنبيه : لو حذف المصنف قوله : بالرّخص لكان أولى ليشمل ما قدّرته (**وكذا لو تلف بعضه**) أي مال القراض (**بآفة**) سماوية كحرق وغرق (**أو غصب أو سرقة**) وتعذر أخذه أو أخذ بدله (**بعد تصرّف العامل**) فيه بالبيع أو الشراء محسوب من الرّبح (**في الأصحّ**) قياساً على ما مرّ ، والثاني : لا ؛ لأنه نقص لا تعلق له بتصرّف العامل وتجارته بخلاف الحاصل بالرّخص ، وليس ناشئاً من نفس المال بخلاف المرض ، والعيب (**وإن تلف**) بما ذكر (**قبل تصرّفه**) فيه ببيع أو شراء (**فمن**) أي فيحسب ما تلف من (**رأس المال**) لا من الرّبح (**في الأصحّ**) ؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل ، والثاني : من الرّبح لأنه بقبض العامل صار مال قراض .

تنبيه : احترز بقوله : لو تلف بعضه عن تلف كله فإن القراض يرتفع ، سواء أتلف بآفة سماوية أم بإتلاف المالك أم العامل أم أجنبيّ ، لكن يستقرّ نصيب العامل من الرّبح في الثانية كما مرّ ويبقى القراض في البدل إن أخذه في الرّابعة والخصم في البدل المالك إن لم يكن في المال ربح ، والمالك والعامل إن كان فيه ربح ، وبحث الشيخان في الثالثة بعد نقلهما ما ذكر عن الإمام : أن العامل كالأجنبيّ ، وبه صرّح المتولي واختاره السبكي ، لكنْ القاضي قال بما قال به الإمام ، وهو المعتمد ، والفرق بينه وبين الأجنبي أن له الفسخ ، فجعل إتلافه فسخاً كالمالك ، بخلاف الأجنبيّ . فإن قيل : هذا منقوض بأن للمشتري في زمن الخيار فسخ البيع ، ومع ذلك ليس إتلافه فسخاً . أجيب بأن وضع البيع على اللزوم ، فلم يكن إتلاف المبيع فسخاً بخلاف القراض ، ولو قتل عبد القراض وقد ظهر في المال ربح فالقصاص مشترك بينهما ، فليس لأحدهما الانفراد به ، فإن عفا العامل عن القصاص سقط ووجبت القيمة ، كما لو عفا المالك . ويستمرّ القراض في بدله . فإن قيل هذا إنما يأتي على القول إن العامل يملك الرّبح بالظهور ، لا على القول بأنه لا يملك . أجيب بأنه وإن لم يملكه به ثبت له به في المال حق مؤكد كما مرّ ، والقصاص

فصــل

لِكُلّ فَسْخُهُ ، وَلَـوْ مَاتَ أَحَـدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْـهِ انْفَسَخَ ،

مبني على الدرء كما سيأتي ، فإن لم يكن في المال ربح فللمالك القصاص والعفو مجاناً ، وإن تلف مال قراض آشترى بعينه شيئاً قبل تسليمه انفسخ البيع والقراض ، أو في الذمة وتلف قبل الشراء آنقلب الشراء للعامل فيرتفع القراض ، وإن تلف بعد الشراء وقع للمالك ، فلو كان المال مائة وتلف لزمه مائة أخرى .

فصــل

في بيان أن القراض جائز من الطرفين وحكم آختلاف العاقدين مع ما يأتي معهما (لكلّ) منهما (فسخه) أي عقد القراض متى شاء من غير حضور الأخر ورضاه ؛ لأن القراض في ابتدائه وكالة وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة وكلها عقود جائزة ، ويحصل الفسخ بقوله : فسخت عقد القراض أو رفعته أو أبطلته أو لا تتصرّف بعد هذا أو نحو ذلك باسترجاع المال ، فإن استرجع بعضه انفسخ فيه ، وبقي في الباقي وبإعتاقه وآستيلاده له كالوكالة ، ولو حبس العامل ومنعه التصرف أو باع ما اشتراه العامل للقراض لم يكن فسخاً له لعدم دلالة ذلك على الفسخ ، بل يبيعه إعانة للعامل ، بخلاف بيع الموكل ما وكل في بيعه وإنكار المالك القراض عزل كما رجحه المصنف . فإن قيل : ينبغي أن يكون كإنكار الموكل الوكالة كما جرى عليه ابن المقري تبعاً للإسنوي فيفرق بين كونه لغرض أو لا ؟ أجيب بأن الفقه ما قاله المصنف ؛ لأن صورة ذلك في الوكالة أن يسأل عنها المالك فينكرها ، وصورته في القراض : أن ينكره ابتداء حتى لو عكس انعكس الحكم ، وللعامل بعد الفسخ بيع مال القراض إذا توقع فيه ربحاً كأن ظفر بسوق أو راغب فلا يشتري لارتفاع العقد مع كونه لا حظ له فيه (**ولو مات أحدهما أو جنّ أو أغمي عليه آنفسخ**) عقد القراض كالوكالة ، وللعامل إذا مات المالك أو جنّ الاستيفاء والتنضيض بغير إذن الورثة في الأولى والوليّ في الثانية اكتفاء بإذن العاقد كما في حال الحياة ، وكالجنون الإغماء المفهوم بالأولى ، بخلاف ما لو مات العامل ، فإن ورثته لا تملك المبيع بدون إذن المالك ؛ لأنه لم يرض بتصرفهم ، فإن امتنع المالك من الإذن في البيع تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا تقرر ورثة المالك العامل على القراض كما لا يقرر المالك ورثة العامل عليه ؛ لأن ذلك ابتداء قراض ، وهو لا يصح على العرض ، فإن نضّ المال ولو من غير جنس المال جاز تقرير الجميع ، فيكفي أن تقول

وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الاِسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا ، وَتَنْضِيضُ رَأْسِ المَالِ إِنْ كَانَ عَرْضاً ،

ورثة المالك للعامل قررناك على ما كنت عليه مع قبوله ، أو يقول المالك لورثة العامل قرّرتكم على ما كان مورثكم عليه مع قبولهم لفهم المعنى ، وكالورثة وليهم ، وكالموت الجنون والإغماء ، فيقرِّر المالك بعد الإفاقة منهما وليّ المجنون مثله قبل الإفاقة ، ويجوز التقرير على المال الناجز قبل القسمة لجواز القراض على المشاع فيختص العامل بربح نصيبه ويشتركان في ربح نصيب الآخر ، مثاله المال مائة وربحها مائتان مناصفة وقرّر العقد مناصفة ، فالعامل شريك الوارث بمائة ، فإذا بيع مال القراض بستمائة ، فلكل منهما ثلثمائة ، إذاً للعامل من الربح القديم مائة وربحها مائة ورأس المال في التقرير مائتان للوارث وربحهما مائتان مقسوم بينهما ، ولو قال البائع بعد فسخ البيع للمشتري : قررتك على البيع صح بخلاف النكاح ؛ لأنه لا بدّ فيه من لفظ التزويج أو الإنكاح كما سيأتي **(ويلزم العامل الاستيفاء)** لدين مال القراض **(إذا فسخ أحدهما)** أو هما أو انفسخ كأن باع بنقد ثم انفسخ القراض قبل توفير الثمن ؛ لأن الدين ناقص وقد أخذ منه ملكاً تاماً فليردّ كما أخذ ، سواء كان في المال ربح أم لا .

تنبيه : قضية إطلاقه كغيره الاستيفاء أنه يلزمه استيفاء رأس المال والربح معاً وهو كذلك كما صرّح به في المرشد وإن كان ظاهر كلام المهذب أنه إنما يلزمه استيفاء رأس المال وصرّح به ابن يونس . فإن قيل : يدل لهذا تصريحهم بأن في العروض لا يلزمه ، إلا تنضيض رأس المال فقط . أجيب بأن القراض مستلزم لشراء العروض والمالية فيه محققة ، فاكتفى بتنضيض رأس المال فقط بخلاف الدين ، ولو رضي المالك بقبول الحوالة جاز ، ولو قال المصنف : ويلزمه الاستيفاء إذا انفسخ كان أولى ليشمل ما قدّرته ؛ لأن حكم الفسخ والانفساخ في ذلك سواء **(و)** يلزم العامل أيضاً **(تنضيض رأس المال إن كان)** عند الفسخ **(عرضاً)** وطلب المالك تنضيضه ، سواء أكان في المال ربح أم لا ، ولو كان المال عند الفسخ ناضاً لكنه من غير جنس رأس المال أو من جنسه ولكن من غير صفته كالصحاح والمكسرة فكالعروض ، ولو أبطل السلطان النقد الذي جرى عليه القراض والمال عرض ردّ من الأوّل كما في زيادة الروضة ، وقيل من الحادث ، فإن لم يطلب المالك التنضيض لم يجب ، إلا أن يكون المال المحجور عليه وحظه في التنضيض فيجب ، ولو قال المالك : لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك نصيبك من الربح ناضاً أجيب ، وكذا لو رضي بأخذ العروض من العامل بالقيمة ولم يزد راغب كما جزم به ابن المقري ،

وقِيلَ لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيضُ إذَا لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ ، ولو اسْتَرَدَّ المَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وخُسْرَانٍ رَجَعَ رَأْسُ المَالِ إلى الْبَاقِي، وإنِ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً ، ورَأْسَ مَالٍ مِثَالُهُ رَأْسُ المَالِ مِائَةٌ والرِّبْحُ عِشْرُونَ واسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَالرِّبْحُ سُدُسُ المَالِ فَيَكُونُ المُسْتَرَدُّ سُدُسُهُ مِنَ الرِّبْحِ فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ المَشْرُوطُ مِنْهُ وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ المَالِ ،

فلو حدث بعد ذلك غلاء لم يؤثر ، وخرج بقدر رأس المال الزائد عليه ، فلا يلزمه تنضيضه بل هو عرض اشترك فيه آثنان لا يكلف أحدهما بيعه . نعم لو كان بيع بعضه ينقص قيمته كالعبد لزمه تنضيض الكل كما بحثه في المطلب (**وقيل لا يلزمه**) أي العامل (**التنضيض إذا لم يكن ربح**) إذ لا فائدة له فيه ، ودفع بأنه في عهده أن يرد كما أخذ كما مرّ (**ولو استردّ المالك بعضه**) ، أي مال القراض (**قبل ظهور ربح وخسران**) فيه (**رجع رأس المال إلى**) ذلك (**الباقي**) بعد المستردّ ، لأنه لم يترك في يده غيره فصار كما لو اقتصر في الابتداء على إعطائه له (**وإن استردّ**) المالك بغير رضا العامل (**بعد**) ظهور (**الربح فالمستردّ**) منه (**شائع ربحاً ورأس مال**) على النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال لا يلحقه حكم الباقي لاستقرار ملك لعامل على ما يخصه من الربح فلا يسقط بما يحصل من النقص بعد . أما إذا كان الاسترداد برضا العامل فإن قصد هو والمالك الأخذ من الأصل اختصّ به أو من الربح فكذلك ، لكن يملك العامل مما بيده مقدار ذلك على الإشاعة وإن أطلقا حمل على الإشاعة وحينئذ الأشبه كما قال ابن الرفعة أن تكون حصة العامل قرضاً ، نقله عنه الإسنوي وأقرّه . ثم قال : وإذا كان الاسترداد بغير رضاه لا ينفذ تصرّفه في نصيبه وإن لم يملكه بالظهور (**مثاله رأس المال مائة**) من الدراهم (**والربح عشرون**) منها (**واستردّ**) المالك من ذلك (**عشرين فالربح**) في هذا المثال (**سدس**) جميع (**المال**) وحينئذ (**فيكون المستردّ**) وهو العشرون (**سدسه**) بالرفع بخطه وهو ثلاثة دراهم وثلث يحسب (**من الربح فيستقرّ للعامل المشروط منه**) وهو درهم وثلثان إن شرط له نصف الربح (**وباقيه**) أي المسترد وهو ستة عشر وثلثان (**من رأس المال**) فيعود رأس المال إلى ثلاثة وثمانين وثلث ، فلو عاد ما في يده إلى ثمانين لم يسقط ما استقرّ له بل يأخذ منها درهماً وثلثي درهم ، ويردّ الباقي وهو ثمانية وسبعون درهماً وثلث درهم .

تنبيه : كون العامل يأخذ مما في يده خارجاً عن القواعد كما قاله ابن الرفعة وتبعه

وَإِنِ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ فَالْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ، مِثَالُهُ الْمَالُ مِائَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَرُبُعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ الْمُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ، وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ: لَمْ أَرْبَحْ، أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا، أَوْ اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقِرَاضِ أَوْ لِي،

الإسنوي ؛ لأنه لما جعل المستردّ شائعاً لزم أن يكون نصيب العامل في عين المال المستردّ إن كان باقياً ، وفي ذمّة المالك إن كان تالفاً ، ولا يتعلق بالمال الباقي إلا برهن أو نحوه ولم يوجد حتى لو أفلس لم يتقدّم به بل يضارب **(وإن استردّ)** المالك بعضه **(بعد)** ظهور **(الخسران فالخسران موزع على المسترد والباقي)** بعده ، وحينئذ ، **(فلا يلزم جبر حصة المسترد)** وهو عشرون **(لو ربح)** المال **(بعد ذلك مثاله : المال)** ، أي رأس المال **(مائة والخسران)** الحاصل فيه **(عشرون ثم استرد)** المالك **(عشرين فربع العشرين)** التي هي جميع الخسران **(حصة المسترد)** منها خمسة ، فكأنه آسترد خمسة وعشرين **(ويعود)** بعد ذلك **(رأس المال)** الباقي بعد المسترد ، وبعد حصته من الخسران **(إلى خمسة وسبعين)** ؛ لأن الخسران إذا وزعناه على الثمانين خصّ كل عشرين خمسة ، والعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقى ما ذكره ، فلو ربح بعد ذلك شيئاً قسم بينهما ربحاً على حسب ما شرطاه **(ويصدق العامل بيمينه في قوله لم أربح)** شيئاً **(أو لم أربح إلا كذا)** عملاً بالأصل فيهما ، ولو أقرّ بربح ثم آدّعى غلطاً أو كذباً ثم قال : غلطت في الحساب ، أو كذبت فيما قلت : خوفاً من انتزاع المال من يدي لم يقبل قوله ؛ لأنه أقرّ بحقّ لغيره ، فلم يقبل رجوعه عنه ، وله تحليف المالك سواء أذكر شبهة أم لا ، فإن ادّعى بعد ذكر الكذب أو بعد إخباره بالربح خسارة صدق بيمينه إن احتمل ذلك مثل أن يعرض في الأسواق كساده قاله القاضي حسين والمتولي ، فإن لم يحتمل لم يقبل ويصدق أيضاً فيما تضمنه قوله **(أو اشتريت هذا)** الشيء **(للقراض)** وإن كان خاسراً **(أولى)** وإن كان رابحاً لأنه مأمون وهو أعرف بقصده ، ولأنه في الثانية في يده .

تنبيه : محل قبول قوله إنه اشتراه لنفسه إذا وقع العقد على الذمة لأن التعويل فيه على النية . أما إذا ادّعى أنه اشتراه لنفسه وأقام المالك بينة أنه اشتراه بعين مال القراض فهل يحكم به للقراض أو لا فيبطل العقد ؟ فيه وجهان رجح ابن المقري منهما الثاني ، وبه صرّح الماوردي والشاشي والفارقي وغيرهم كما نقله عنهم الأذرعي وغيره ؛ لأنه قد يشتري

أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا، وَفِي قَدْرِ رَأْسِ المَالِ، وَدَعْوَى التَّلَفِ، وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ في الأَصَحِّ ، وَلَوِ اخْتَلَفَا في المَشْرُوطِ لَهُ تَحَالَفَا ، وَلَهُ أُجْرَةُ المِثْلِ .

لنفسه بمال القراض عدواناً ، ورجح صاحب الأنوار الأوّل ، ثم قال : قال الإمام والغزالي والقشيري : وكل شراء وقع بمال القراض لا شك في وقوعه له ولا أثر لنية العامل : أي لإذن المالك له في الشراء . والثاني : أوجه كما اعتمده شيخي **(أو)** قال العامل **(لم تنهني عن شراء كذا)** كالعبد ؛ لأن الأصل عدم النهي **(و)** يصدق العامل أيضاً **(في قدر رأس المال)** ؛ لأن الأصل عدم دفع الزيادة ، وهذا حيث لا ربح ، فإن كان فهل يصدق العامل أو المالك أو يتحالفان ؟ أوجه ، أصحها أوّلها ، وعلى هذا لو قارض آثنين على أن نصف الربح له والباقي بينهما سواء فربحا وأحضرا ثلاثة آلاف فقال المالك : رأس المال ألفان وصدّقه أحدهما وأنكر الآخر وحلف أنه ألف فله خمسمائة ، لأنها نصيبه بزعمه ، وللمالك ألفان من رأس المال لاتفاقه مع المعترف عليه وله ثلثا خمسمائة من الربح والباقي منها للمقرّ لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك من الربح مثلاً ما يأخذه كل من العاملين وما أخذه المنكر كالتالف ، ويصدق العامل أيضاً فيما إذا اختلفا في جنس رأس المال أو صفته **(و)** في **(دعوى التلف)** ؛ لأنه مأمون فهو كالمودع ففيه التفصيل الآتي في باب الوديعة **(وكذا)** يصدق في **(دعوى الردّ)** لمال القراض على المالك **(في الأصح)** ؛ لأنه ائتمنه كالوكيل . والثاني : كالمرتهن والمستأجر ، وفرق الأوّل بأن العامل ، إنما أخذ العين لمنفعة المالك وآنتفاعه هو بالعمل فيها لا بها بخلاف المرتهن والمستأجر .

فائدة : كل أمين ادّعى الردّ على مَن ائتمنه يصدق بيمينه إلا المرتهن والمستأجر **(ولو اختلفا)** في أن العامل وكيل أو مقارض صدق المالك ولا أجرة للعامل ، أو **(في)** القدر **(المشروط له)** أي العامل ، كأن قال : شرطت النصف فقال المالك : بل الثلث **(تحالفا)** كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن فلا ينفسخ بالتحالف بل يفسخانه أو أحدهما أو الحاكم كما في زيادة الروضة عن البيان ، وإن أشعر كلام المصنف بأنه يفسخ بمجرّد التحالف وصرّح به الروياني **(وله)** أي العامل حينئذ **(أجرة المثل)** لعمله بالغة ما بلغت لتعذر رجوع عمله إليه فوجب له قيمته وهو الأجرة ، ولو كان القراض لمحجور عليه ومدعي العامل دون الأجرة فلا تحالف كنظيره من الصداق .

خاتمة : لو اشترى العامل ولو ذميًّا خمراً أو أم ولد أو نحوهما مما يمتنع بيعه وسلم

الثمن للبائع ولو جاهلاً ضمن ؛ لأن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل ، ولو قارضه المالك ليجلب من بلد إلى بلد لم يصح ؛ لأنّ ذلك عمل زائد على التجارة ، وإن قارضه على مالين في عقدين فخلطهما ضمن لتعدّيه في المال ، بل إن شرط في العقد الثاني بعد التصرّف في المال الأوّل ضم الثاني إلى الأوّل فسد القراض في الثاني وامتنع الخلط ؛ لأنّ الأوّل استقرّ حكمه ربحاً وخسراناً ، وإن شرط قبل التصرّف صحّ وجاز الخلط وكأنه دفعهما إليه معاً . نعم إن شرط الربح فيهما مختلفاً أمتنع الخلط ويضمن العامل أيضاً لو خلط مال القراض بماله ، أو قارضه آثنان فخلط مال أحدهما بمال الآخر ، ولا ينعزل بذلك عن التصرّف كما نقله الإمام عن الأصحاب ، وإذا اشترى بألفين لمقارضين له عبدين ، فآشتبها عليه وقعا له وغرم لهما الألفين لتفريطه بعدم الأفراد ، ولو دفع إلى شخص مالاً وقال : إذا مت فتصرّف فيه قراضاً على أن لك نصف الربح مثلاً لغا ؛ لأنه تعليق ولو صحّ لبطل بالموت ، ولو جنى عبد القراض فداه المالك من مال نفسه لا من مال القراض ، كما لو أبق فإن نفقة ردّه على المالك وإن كان في المال ربح بناء على أن العامل إنما يملك حصته بالقسمة ، فإن قلنا بالظهور فعليهما الفداء .

كِتَابُ ٱلْمُسَاقَاةِ

تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ ، وَمَوْرِدُهَا

كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ

لما شابهت القراض في العمل في شيء ببعض نمائه وجهالة العوض ، والإجارة في اللزوم والتأقيت جعلت بينهما ، وهي مأخوذة من السقي بفتح السين وسكون القاف المحتاج إليه فيها غالباً لا سيما في الحجاز فإنهم يسقون من الآبار ؛ لأنه أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة . وحقيقتها أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما . والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين «أَنَّهُ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ ، وَفِي رِوَايَةٍ دَفَعَ إِلَى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَهَا وَأَرْضَهَا بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ»[1] والحاجة داعية إليها ؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرّغ له ، ومَن يحسن ويتفرّغ قد لا يملك الأشجار فيحتاج ذاك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل ، ولو اكترى المالك لزمته الأجرة في الحال ، وقد لا يحصل له شيء من الثمار، ويتهاون العامل فدعت الحاجة إلى تجويرها . وأركانها خمسة : عاقدن ، ومورد العمل ، والثمار ، والعمل ، والصيغة . ثم شرع في شرط الركن الأوّل ، فقال : **(تصحّ من جائز التصرّف)** لنفسه ؛ لأنها معاملة على المال كالقراض .

تنبيه : لو قال : إنما تصح لكان أولى ليفيد الحصر **(ولصبي ومجنون)** وسفيه **(بالولاية)** عليهم عند المصلحة للاحتياج إلى ذلك .

تنبيه : لو عبر بالمحجور عليه لكان أخصر وأحصر لشموله ما قدّرته ، وهذا الشرط يعتبر أيضاً في العامل ، وفي معنى الولي ناظر الوقف ، وكذا الإمام في بساتين بيت المال ، وما لا يعرف مالكه ، وكذا بساتين الغائب كما قاله الزركشي قال : ومقتضى كلام الماوردي أنه ليس لعامل القراض المساقاة فإن عمله في حق المال لا في حقّ نفسه بخلاف المساقي . ثم شرع في الركن الثاني ، وهو مورد العمل فقال **(وموردها)** أصالة : أي ما ترد

---

(١) أخرجه البخاري ٥٤٢/٤ في الإجارة «٢٢٨٥» .
وأخرجه مسلم ١١٨٧/٣ في المساقاة «١/١٥٥١» .

النَّخْلُ وَالْعِنَبُ ، وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ ،

صيغة عقد المساقاة عليه (النخل) للخبر السابق ، ولو ذكوراً كما اقتضاه إطلاق المصنف وصرّح به الخفاف ، ويشترط فيه أن يكون مغروساً معيناً مرئياً (و) مثله (العنب) ؛ لأنه في معنى النخل بجامع وجوب الزكاة وتأتي الخرص .

تنبيه : إنما لم يقل الكرم بدل العنب لورود النهي عن تسميته به . قال ﷺ «لَا تُسَمُّوا العِنَبَ كَرْماً ، إِنَّمَا الكَرْمُ الرَّجُل المُسْلِم»[1] رواه مسلم ، قيل : سمي كرماً من الكرم بفتح الراء ؛ لأن الخمر المتخذة منه تحمل عليه ، فكره أن يسمى به وجعل المؤمن أحق بما يشتق من الكرم . يقال : رجل كرم بإسكان الراء وفتحها : أي كريم . وثمرات النخل والأعناب أفضل الثمار وشجرهما أفضل الشجر بالاتفاق . واختلفوا في أيهما أفضل ، والراجح أن النخل أفضل لورود «أَكْرِمُوا عَمَّاتِكُمُ النَّخْلَ الْمُطْعمَاتِ فِي المِحَلِّ ، وَأَنَّهَا خُلِقَتْ مِنْ طِيْنَةِ آدَمَ» والنخل مقدّم على العنب في جميع القرآن ومرّ في زكاة الفطر أن التمر خير من الزبيب ، وشبه ﷺ النخلة بالمؤمن وأنها تشرب برأسها وإذا قطع ماتت وينتفع بأجزائها ، وهي الشجرة الطيبة المذكورة في القرآن ، فكانت أفضل ، وليس في الشجر شجر فيه ذكر وأنثى يحتاج الأنثى فيه إلى الذكر سواه ، وشبه ﷺ عين الدجال بحبة العنب ؛ لأنها أصل الخمرة وهي أمّ الخبائث **(وجوّزها القديم في سائر الأشجار المثمرة)** كالتين والتفاح للحاجة ، واختاره المصنف في تصحيح التنبيه والجديد المنع ؛ لأنها رخصة فتختص بموردها ؛ ولأنه لا زكاة في ثمرها فأشبهت غير المثمرة ؛ ولأنها تنمو من غير تعهد بخلاف النخل والعنب ، وعلى المنع لو كانت هذه الأشجار بين النخل أو العنب فساقى عليها معه تبعاً جاز ، وإن كانت كثيرة كما هو مقتضى كلام الرّوضة وإن قيدها الماوردي بالقليلة كما تجوز المزارعة تبعاً للمساقاة .

تنبيه : احترز المصنف بالأشجار ، وهي ما لها ساق عما لا ساق له كالبطيخ وقصب السكر ، وبالمثمرة عن غيرها كالتوت الذكر ، وما لا يقصد ثمره كالصنوبر فلا تجوز المساقاة عليه على القولين ، وعلى الجديد لا تجوز على المقلّ على الأصح في الرّوضة ، وإن قال في المهمات : الفتوى على الجواز فإن قيل : قد قلتم : غير الشجر هو الذي لا ساق له ، وقد قال تعالى ﴿وَأَنْبَتْنَا عَلَيْهِ شَجَرَةً مِّنْ يَقْطِينٍ﴾ [الصافات : ١٤٦] . أجيب بأنها كانت

---

(١) أخرجه البخاري ١٠/٥٦٤ (٦١٨٢) ومسلم ٤/١٧٦٣ (٤/٢٢٤٦) .

وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ وَهِيَ : عَمَلُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ ، وَلَا الْمُزَارَعَةُ ، وَهِيَ : هٰذِهِ الْمُعَامَلَةُ ، وَالْبَذْرُ مِنَ الْمَالِكِ ، فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ ،

شجرة على خلاف العادة في القرع معجزة لسيدنا يونس صلى الله عليه وعلى سائر الأنبياء وسلم كما كانت تأتيه وعلة صباحاً ومساء يشرب من لبنها حتى قوي (**ولا تصح المخابرة ، وهي عمل**) العامل في (**الأرض**) أي المعاملة عليها كما عبر به في المحرَّر ، ولو عبر به لكان أولى ؛ لأن العمل من وظيفة العامل فلا يفسر العقد به (**ببعض ما يخرج منها**) كنصف (**والبذر من العامل ، ولا**) تصحّ (**المزارعة وهي هذه المعاملة**) أي المخابرة (**و**) لكن (**البذر**) فيها يكون (**من المالك**) للنهي عن الأولى في الصحيحين وعن الثانية في مسلم ، والمعنى في المنع فيهما أن تحصيل منفعة الأرض ممكنة بالإجارة فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها كالمواشي بخلاف الشجر فإنه لا يمكن عقد الإجارة عليه فجوِّزت المساقاة للحاجة ، وآختار في الروضة جوازهما مطلقاً تبعاً لابن المنذر والخطابي وغيرهما ، وتأوّلوا الأحاديث على ما إذا شرط لواحد زرع قطعة معينة ولآخر أخرى ، واختاره الماوردي ، ولا تصحّ المشاطرة المسماة أيضاً بالمناصبة بموحدة بعد صاد مهملة كالتي تفعل بالشام ، وهي أن يسلم إليه أرضاً ليغرسها من عنده والشجر بينهما ، وفي فتاوى القفال أن الحاصل في هذه الصورة للعامل ولمالك الأرض أجرة مثلها عليه ومن زارع على أرض بجزء من الغلة فعطل بعض الأرض : أفتى المصنف بأنه يلزمه أجرة ما عطل منها ، وخالفه الشيخ تاج الدين الفزاري ، وقال بعدم اللزوم ، وهو أوجه (**فلو كان بين النخل**) أو العنب (**بياض**) وهو أرض لا زرع فيها ولا شجر (**صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل**) ، أو العنب تبعاً للمساقاة وتعسر الأفراد ، وعليه حمل خبر الصحيحين أوّل الباب .

تنبيه : اقتصر المصنف هنا وفي الرّوضة على ذكر النخل ، وكان الأولى له ذكر العنب معه كما قدّرته ، فإنه قال في التصحيح : إنه الصواب ، وإنما يجوز ذلك (**بشرط اتحاد العامل**) فيهما ، فلا يصح أن يساقي واحداً ويزارع آخر ؛ لأن الاختلاف يزيل التبعية ، وليس المراد باتحاده اشتراط كونه واحداً ، بل أن لا يكون من ساقاه غير من زارعه ، فلو ساقى جماعة وزارعهم بعقد واحد صح (**و**) بشرط (**عسر إفراد النخل بالسقي ، و**) عسر

وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ ،وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا وَأَنْ لَا يُقَدَّمَ الْمُزَارَعَةَ ، وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ ،

إفراد **(البياض بالعمارة)** وهي الزراعة لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها ، وعبر في الرّوضة بالتعذر ، ومراده التعسر كما هنا ، فإن أمكن ذلك لم تجز المزارعة لعدم الحاجة .

تنبيه : لو كان بين النخل بياض بحيث تجوز المزارعة عليه تبعاً للمساقاة ، وكان فيه زرع موجود ، ففي جواز المزارعة وجهان بناء على القولين في جواز المساقاة على ثمرة موجودة ، وقضيته كما قال الزركشي ترجيح الجواز ، فيما لم يبد صلاحه فحينئذ لا آختصاص للتعبير بالبياض المجرّد ، وتبع المصنف في الجمع بين عسر إفراد النخل بالسقي والبياض بالعمارة الرّوضة كأصلها ، والذي اقتصر عليه الجمهور ذكر عسر إفراد النخل بالسقي والعمل ، واقتصر الغزالي في كتبه على عسر إفراد البياض المتخلل بالعمارة ، وما قاله المصنف أوجه **(والأصح أنه يشترط)** في عقد المساقاة والمزارعة **(أن لا يفصل)** بضم أوّله وفتح ثالثه بخطه : أي لا يفصل العاقدان **(بينهما)** ، بل يؤتي بهما على الاتصال لتحصل التبعية ، فلو ساقاه على النصف مثلاً فقبل ثم زارعه على البياض لم تصحّ المزارعة ؛ لأن تعدّد العقد يزيل التبعية . والثاني : يجوز الفصل بينهما لحصولهما لشخص واحد .

تنبيه : محل الخلاف كما قال الدارمي حيث بقي من مدّة المساقاة ما يمكن فيه المزارعة وإلا امتنع جزماً **(و)** الأصح أنه يشترط **(أن لا يقدّم المزارعة)** على المساقاة ؛ لأنها تابعة والتابع لا يقدّم على متبوعه . والثاني : يجوز تقديمها وتكون موقوفة إن ساقاه بعدها بأن صحتها وإلا فلا ، وفهم من الأوّل أنه لا يغني لفظ أحدهما عن الآخر . ولكن لو أتى بلفظ يشملهما كعاملتك على النخل والبياض بالنصف فيهما كفى ، بل حكى فيه الإمام الاتفاق . قال الدارمي : ويشترط أيضاً بيان ما يزرعه بخلاف إجارة الأرض للزراعة ؛ لأنه هناك شريك فلا بدّ من علمه به بخلاف الآخر إذ لا حق له في الزرع ، والأصح **(أن كثير البياض كقليله)** في صحة المزارعة عليه ؛ لأن الغرض عسر الأفراد والحاجة لا تختلف . والثاني : لا ؛ لأن الكثير لا يكون تابعاً .

تنبيه : النظر في الكثيرة إلى مساحة الأرض ومغارس الشجر لا إلى زيادة النماء على

وأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الجُزْءِ المَشْرُوطِ مِنَ الثَّمرِ والزَّرْعِ ،وأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخابِرَ تبَعاً لِلْمُسَاقَاةِ ، فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِالمزَارَعَةِ فَالمَغَلُّ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ ودَوابِّهِ وآلَاتِهِ ، وطَرِيقُ جَعْلِ الْغَلَّةِ لَهُمَا ، ولَا أُجْرَةَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الآخَرَ ويُعِيرَهُ نِصْفَ الأَرْضِ

الأصح في زيادة الرّوضة (و) الأصح (**أنه لا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر**) في المساقاة (**والزرع**) في المزارعة ، بل يجوز أن يشرط للعامل نصف الثمر وربع الزرع مثلاً . والثاني : يشترط ؛ لأن التفاضل يزيل التبعية ، وصحح هذا المصنف في نكت التنبيه (و) الأصح (**أنه لا يجوز أن يخابر تبعاً للمساقاة**) لعدم ورود ذلك ، والثاني : يجوز ذلك كالمزارعة ، وأجاب الأوّل بأن المزارعة في معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيها إلا العمل ، بخلاف المخابرة ، فإنه يكون عليه العمل والبذر (**فإن أفردت أرض**) قراح أو بياض متخلل بين النخل أو العنب بالمخابرة ، فالمغل للعامل ؛ لأن الزرع يتبع البذر وعليه للمالك أجرة مثل الأرض ، أو (**بالمزارعة فالمغل للمالك**) ؛ لأنه نماء ملكه (**وعليه للعامل أجرة**) مثل (**عمله ، و**) عمل (**دوابه ، و**) عمل ما يتعلق به من ما يتعلق به من (**آلاته**) كالبقر إن كانت له ، سواء حصل من الزرع شيء أم لا أخذاً من نظيره في القراض ، وذلك ؛ لأنه لم يرض ببطلان منفعته إلا ليحصل له بعض الزرع ، فإذا لم يحصل له وآنصرف كل المنفعة إلى المالك استحقّ الأجرة . فإن قيل : المنقول عن المتولي في نظيره من الشركة الفاسدة فيما إذا أتلف الزرع بآفة أنه لا شيء للعامل ؛ لأنه لم يحصل للمالك شيء ، وصوّبه المصنف ، فيكون الحكم هنا كذلك ؟. أجيب بأن العامل هنا أشبه به في القراض من الشركة على أن الرافعي قال في كلام المتولي : لا يخفى عدوله عن القياس الظاهر ، ولو كان البذر منهما فالغلة لهما ، ولكل على الآخر أجرة ما آنصرف، من منافعه على حصة صاحبه . ثم شرع في حيلة تسقط الأجرة وتجعل الغلة مشتركة بين المالك والعامل في الصورة السابقة ، فقال : (**وطريق جعل الغلة لهما**) في صورة إفراد الأرض بالمزارعة (**ولا أجرة**) لأحدهما على الآخر تحصل بصورتين : إحداهما (**أن يستأجره**) أي المالك العامل (**بنصف البذر**) شائعاً (**ليزرع له النصف الآخر**) في الأرض (**ويعيره نصف الأرض**) شائعاً ، ومن هنا يؤخذ جواز إعارة المشاع المفيد إسقاط الأجرة ، بخلاف ما إذا لم يعره نصفها واستأجره لزراعة نصف البذر فزرع جميعه ، فإنه يلزمه أجرة نصف الأرض ،

أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ ونِصْفِ مَنْفَعَةِ الأَرْضِ لِيَزْرَعَ النِّصْفَ الآخَرَ في النِّصْفِ الآخَرِ مِنَ الأَرْضِ .

فصل

يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ الثَّمَرِ بِهِمَا ، واشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، والْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ ،

والطريق الثاني : ما أشار إليه بقوله (**أو يستأجره**) أي العامل (**بنصف البذر**) شائعاً (**ونصف منفعة الأرض**) كذلك (**ليزرع**) له (**النصف الآخر**) من البذر (**في النصف الآخر**) بفتح الخاء ، ويجوز كسرها على معنى المتأخر (**من الأرض**) فيكونان شريكين في الزرع على المناصفة ، ولا أجرة لأحدهما على الآخر ؛ لأن العامل يستحقّ من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع والمالك من منفعته بقدر نصيبه من الزرع . فإن قيل : ما الفرق بين الطريقين ؟ . أجيب بأنه في الأولى جعل الأجرة عيناً ، وفي الثانية عيناً ومنفعة ، وفي الأولى متمكن من الرّجوع بعد الزراعة في نصف الأرض ، ويأخذ الأجرة ، وفي الثانية لا يتمكن ، ويفترقان أيضاً في أنه لو فسد منبت الأرض في المدّة لزمه قيمة نصفها على الأوّل دون الثاني ؛ لأن العارية مضمونة .

تنبيه : قد توهم عبارته الحصر في الطريقين ، وليس مراداً ، بل من ذلك أن يقرض المالك العامل نصف البذر ويؤجره نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع دوابه وآلاته ، ومنه أن يعيره نصف الأرض ، والبذر منهما ثم يعمل العامل ، فالمغل بينهما ولا تراجع ؛ لأن كلاًّ منهما متطوّع ، لكن البذر في هذا ليس كله من المالك ، وطريق جعل الغلة لهما في المخابرة ولا أجرة : أن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع دوابه وآلاته أو بنصف البذر ويتبرّع بالعمل والمنافع ، ولا بدّ في هذه الإجارات من رعاية الرؤية وتقدير المدّة وغيرهما من شروط الإجارة . ثم شرع في الرّكن الثالث ، وهو الثمار مترجماً له بفصل ، فقال .

فصل

فيما يشترط في عقد المساقاة (**يشترط**) فيه (**تخصيص الثمر بهما**) أي المالك والعامل ، فلا يجوز شرط بعضه لغيرهما (**واشتراكهما فيه**) ، فلا يجوز شرط كل الثمرة لأحدهما (**والعلم**) أي علمهما (**بالنصيبين بالجزئية**) وإن قلّ كجزء من ألف جزء (**كالقراض**)

والأَظْهَرُ صِحَّةُ المُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرِ لٰكِنْ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ، ولَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيٍّ لِيَغْرِسَهُ ويَكُونُ الشَّجَرُ لهُمَا لَمْ يَجُزْ ،

في جميع ما سبق ، ومما سبق الصحة فيما إذا قال بيننا وفيما إذا قال : عليّ أن لك النصف ، وقول المصنف بالجزئية قد يوهم الفساد هنا ، وليس مراداً ، ولو ساقاه على نوع بالنصف وآخر بالثلث صحّ العقد إن عرفا قدر كلّ من النوعين ، وإلا فلا لما فيه من الغرر ، فإن المشروط فيه الأقلّ قد يكون أكثر ، وإن ساقاه على النصف من كل منهما صح وإن جهلا قدرهما ، وخرج بالثمر الجريد والكرناف والليف ؛ فلا يكون مشتركاً بينهما بل يختصّ به المالك كما جزم به في المطلب تبعاً للماوردي وغيره . قال : ولو شرط جعله بينهما على حسب ما شرطاه في الثمر فوجهان في الحاوي اهـ والظاهر منهما الصحة كما نقله الزركشي عن الصيمري ، ولو شرط للعامل بطل قطعاً ، ولا يصح كون العوض غير الثمر ، فلو ساقاه بدراهم أو غيرها لم تنعقد مساقاة ولا إجارة إلا إذا فصل الأعمال ، وكانت معلومة ، ولو ساقاه على نوع بالنصف على أن يساقيه على آخر بالثلث فسد الأوّل للشرط الفاسد ، وأما الثاني فإن عقده جاهلاً بفساد الأوّل فكذلك ، وإلا فيصح .

تنبيه : لا قلب في كلام المصنف كما قال بعض الشراح من أن حقه أن يقول : يشترط تخصيصهما بالثمر ؛ لأن المصنف مشى هنا على الاستعمال العرفي من دخول الباء على المقصور عليه ، ومشى في باب القراض حيث قال فيه : ويشترط اختصاصهما بالرّبح على الاستعمال اللغوي من دخول الباء على المقصور ، وقد نبّه على الاستعمالين بعض المحققين ، فقال في قوله تعالى ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ معناه نخصك بالعبادة ، ولو قيل : نخص العبادة بك كان استعمالاً عرفياً (**والأظهر صحة المساقاة بعد ظهور الثمر**) ؛ لأنه أبعد عن الغرر للوثوق بالثمر فهو أولى بالجواز . والثاني : لا يصح لفوات بعض الأعمال (**لكن**) محل الصحة (**قبل بدوّ الصلاح**) إذا جعل عوض العامل من الثمرة الموجودة لبقاء معظم العمل ، أما بعده فلا يجوز قطعاً ، وكذا لو ساقاه على النخل المثمر وعلى ما يحدث من ثمر العام ، ويشترط في الشجر المساقى عليه : أن يكون مغروساً كما مرّ (**و**) على هذا (**لو ساقاه على ودي**) ، وهو بواو مفتوحة ودال مكسورة ومثناة تحتية مشدّدة صغار النخل (**ليغرسه ويكون الشجر لهما لم يجز**) ، إذا لم ترد المساقاة على أصل ثابت ، وهي رخصة فلا تتعدّى موردها ؛ ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة ، فأشبه ضمّ غير التجارة إلى عمل القراض .

وَلَوْ كَانَ مَغْرُوساً وشَرَطَ لَهُ جُزْءاً مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ فَإِنْ قَدَّرَ لَهُ مُدَّةً يُثْمِرُ فِيهَا غَالِباً صَحَّ، وإلَّا فَلَا، وقِيلَ إنْ تَعَارَضَ الاِحْتِمَالاَنِ صَحَّ، وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ ،

تنبيه : ليس الشجر بقيد ، فلو قال : ولك نصف الثمرة لم يصحّ أيضاً ، وإذا عمل في الصورتين فله أجرة المثل على المالك إن توقعت الثمرة في المدّة وإلا فلا في الأصح ، وله أجرة الأرض أيضاً إن كانت له ولو كان الغراس للعامل والأرض للمالك فلا أجرة له ويلزمه أجرة الأرض **(ولو كان)** الودي **(مغروساً)** وساقاه عليه **(وشرط له جزءاً من الثمر على العمل ، فإن قدّر)** في عقد المساقاة عليه **(مدّة يثمر)** الودي **(فيها غالباً)** كخمس سنين **(صحّ)** العقد ، ولا يضرّ كون أكثر المدّة لا ثمر فيها كما لو ساقاه خمس سنين ، والثمرة يغلب وجودها في الخامسة خاصة ، فإن اتفق أنه لم يثمر لم يستحقّ العامل شيئاً كما لو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر ، **(وإلا)** أي وإن قدّر مدّة لا يثمر فيها غالباً **(فلا)** تصح لخلوها عن العوض كالمساقاة على شجرة لا تثمر ، فإن وقع ذلك وعمل العامل لم يستحقّ أجرة إن علم أنها لا تثمر في تلك المدّة وإلا استحقّ ، ويرجع في المدّة المذكورة لأهل الخبرة بالشجر في تلك الناحية كما يقتضيه كلام الدارمي **(وقيل : إن تعارض الاحتمالان)** في الإثمار وعدمه ، وليس أحدهما أظهر **(صح)** العقد ؛ لأن الثمر مرجوّ كالقراض ، فإن الرّبح مرجوّ الحصول ، فإن أثمرت استحق وإلا فلا شيء له ، وأجاب الأوّل بأن هذا عقد على عوض غير موجود ولا الظاهر وجوده ، فأشبه السلم فيما لا يوجد غالباً ، وعلى هذا فله الأجرة وإن لم يثمر ؛ لأنه عمل طامعاً **(وله مساقاة شريكه في الشجر إذا)** استقل الشريك بالعمل فيها و **(شرط)** المالك **(له)** أي الشريك **(زيادة على حصته)** ، كأن يكون الشجر بينهما نصفين فيشرط له ثلثي الثمرة ليكون لسدس عوض عمله ، فإن شرط له مقدار نصيبه أو دونه لم يصح ، إذ لا عوض لاستحقاقه ذلك بالملك ، بل شرط عليه في مسألة ما دون نصيبه أن يترك بعض ثمرته أيضاً ، فإن عمل لم يستحقّ أجرة لأنه لم يطمع في شيء وإن شرط له كل الثمرة فسد العقد ، لكن يستحق الأجرة ؛ لأنه عمل طامعاً ، وقيده الغزالي كإمامه تفقهاً بما إذا لم يعلم الفساد وعدم التقييد أوجه كما مرّ في القراض . أما إذا لم يستقل الشريك بالعمل بأن شرط معاونته له في العمل ، فإن العقد يفسد كما لو ساقى أجنبياً بهذا الشرط ، فإن عاونه واستوى عملهما ، فلا أجرة لأحد منهما على الآخر ، وكذا لا أجرة للمعاون إذا زاد عمله بخلاف الآخر إذا زاد عمله ، فله أجرة عمله بالحصة على المعاون ؛

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَشْرِطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا ، وأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ

لأنه لم يعمل مجاناً . واستشكل السبكي مسألة الكتاب بأن عمل الأجير يجب كونه في خالص ملك المستأجر . قال : والخلاص من هذا أن يقال : صورة المسألة إذا قال : ساقيتك على نصيبي حتى لا يكون العمل المعقود عليه واقعاً في المشترك ، وبهذا صوّر أبو الطيب المسألة تبعاً لما أفهمه كلام المزني ، لكن كلام غيرهما يقتضي عدم الفرق وهو ظاهر كلام الكتاب اهـ والذي ينبغي أن يقال : إن قال ساقيتك على كل الشجر لم يصح أو قال : ساقيتك على نصيبي أو أطلق صح ، والظاهر كما قال شيخنا : صحة مساقاة أحد الشريكين على نصيبه أجنبياً ولو بغير إذن شريكه الآخر ، ولو ساقى الشريكان ثالثاً لم يشترط معرفته بحصة كل منهما إلا إن تفاوتا في المشروط له ، فيشترط معرفته بحصة كل منهما **(ويشترط)** لصحة المساقاة **(أن لا يشرط)** المالك في عقدها **(على العامل ما ليس من جنس أعمالها)** التي جرت عادة العامل بها كحفر بئر ، فإن شرطه لم يصح العقد ؛ لأنه استئجار بعوض مجهول وآشتراط عقد في عقد .

تنبيه : كان الأولى أن يقدّم المصنف على هذه المسألة بيان أعمال المساقاة ليعرف أن شرط غيرها مفسد كما جرى على ذلك في كتاب القراض ، حيث قال فيه : ووظيفة العامل كذا . ثم قال : فلو قارضه ليشتري حنطة الخ ، ويشترط أيضاً أن لا يشترط على المالك في العقد ما على العامل كذا قالاه ، ومقتضاه أنه لو شرط السقي على المالك أن العقد يبطل ، وهو كذلك ، وبه صرّح في البحر ، وسيأتي التنبيه على ذلك . ثم شرع في الركن الرابع وهو العمل ، فقال : **(و)** يشترط **(أن ينفرد)** العامل **(بالعمل)** ، فلو شرط عمل المالك معه فسد بخلاف ما لو شرطا عمل غلام المالك معه بلا شرط يد ولا مشاركة في تدبير فإنه يصح على المذهب المنصوص ، ولا بدّ من معرفته بالرؤية أو الوصف ونفقته على المالك بحكم الملك ، وإن شرطت في الثمرة بغير تقدير جزء معلوم لم يصح ؛ لأن ما يبقى يكون مجهولاً أو شرطت على العامل وقدّرت صح ؛ لأن العمل عليه فلا يبعد أن تلزمه مؤنة مَن يعمل معه ، وهو كاستئجار مَن يعمل معه ولو لم تقدر صح أيضاً ، والعرف كاف ؛ لأنه يتسامح بمثله في المعاملات ، وإن شرط العامل عمل الغلام في حوائج نفسه أو استئجار معاون له بجزء من الثمر أو من غيرها من مال المالك لم يصح العقد . أما في الأولى فظاهر ، وأما في الثانية ؛ فلأن قضية المساقاة أن تكون الأعمال ومؤنها على العامل . أما إذا

وَبِالْيَدِ فِي الحَدِيقَةِ ، ومَعْرِفَةُ الْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ المُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ، وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الأَصَحِّ ، وصِيغَتُهَا : سَاقَيْتُكَ عَلَى هٰذَا النَّخْلِ بِكَذَا

جعلت الأجرة من مال العامل ، فإنها تصح (و) يشترط أيضاً أن ينفرد (**باليد في الحديقة**) ليتمكن من العمل متى شاء ، فلو شرط كونها في يد المالك أو بيدهما لم يصحّ .

فائدة : الحديقة : أرض ذات شجر قاله الليث . وقال أبو عبيدة : هي الحائط : أي البستان . وقال الغزالي : إنما يقال حديقة البستان عليه حائط (و) يشترط (**معرفة العمل**) جملة لا تفصيلاً كما يشعر به قوله (**بتقدير المدة : كسنة أو أكثر**) إلى مدة تبقى فيها العين غالباً للاستغلال ، فلا تصح مطلقة ، ولا مؤبدة ؛ لأنها عقد لازم فأشبهت الإجارة .

تنبيه : قد يفهم كلامه أنها لا تجوز على أقلّ من سنة ، وليس مراداً ، بل أقلّ مدتها ما يطلع فيها الثمر ويستغني عن العمل ، وإنما ذكر السنة لأنها محل وفاق ، وفيما زاد عليها خلاف ، فإذا ساقاه أكثر من سنة صح وإن لم يبين حصة كل سنة ، فإن فاوت بين السنين لم يضرّ ، ووقع في الروضة لم يصحّ وهو تحريف ، وإن شرط ثمر سنة معينة من السنين والأشجار بحيث تثمر كل سنة لم يصح العقد ، وإن ساقاه عشر سنين مثلاً لتكون الثمرة بينهما ولم تتوقع إلا في العاشرة صح ، وتكون السنين بمثابة الأشهر من السنة الواحدة ، وفارقت ما قبلها لأنه شرط له فيها سهم من جميع الثمرة بخلافه في تلك ، فإن أثمر قبل العاشرة فلا شيء للعامل في الثمرة ؛ لأنه لم يطمع في شيء .

تنبيه : السنة المطلقة في التأجيل عربية ، فإن شرطا رومية أو غيرها وعرفا صح وإلا فلا ، وإن انقضت المدة ، وعلى النخيل طلع أو بلح فللعامل حصته منه ، وعلى المالك التعهد إلى الجداد ، وإن قال صاحب المرشد : إن التعهد عليهما ؛ لأن الثمرة مشتركة بينهما ، ولا يلزم العامل أجرة لتبقية حصته على الشجر إلى حين الإدراك ؛ لأنه يستحقها ثمرة مدركة بحكم العقد وإن أدرك الثمر قبل انقضاء المدة لزم العامل أن يعمل البقية بلا أجرة ، فإن لم يحدث الثمر إلا بعد المدة فلا شيء للعامل (**ولا يجوز التوقيت**) لمدة المساقاة (**بإدراك الثمرة في الأصح**) لجهالته بالتقدم تارة والتأخر أخرى ، والثاني : ينظر إلى أنه المقصود ، والمراد بالإدراك كما قال السبكي الجداد . ثم شرع في الركن الخامس وهو الصيغة ، فقال : (**وصيغتها**) أي المساقاة (**ساقيتك على هذا النخل**) أو العنب (**بكذا**) من

أَوْ سَلَّمْتُهُ إِلَيكَ لِتتَعَهَّدَهُ ، ويُشْتَرَطُ الْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ الأَعْمَالِ ، ويُحْمَلُ المُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ على الْعُرْفِ الْغَالِبِ، وعَلَى الْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلاحِ الثَّمرِ واسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَسَقْيٍ

ثمره كنصفه ؛ لأنه الموضوع لها (أو سلمته إليك لتتعهده) أو اعمل في نخيلي أو تعهد نخيلي بكذا لأدائه معناه ، وهذه الثلاثة يحتمل أن تكون كناية ، وأن تكون صريحة قاله في الروضة كأصلها . ومقتضى كلام الإمام والماوردي والشاشي وغيرهم الأوّل . وقال ابن الرفعة : الأشبه الثاني وهو ظاهر كلام ابن المقري وغيره ، وهو الظاهر .

تنبيه : أفهم قوله : بكذا أنه لا بدّ من ذكر العوض ، فلو سكت عنه لم يصح ، وفي آستحقاقه الأجرة وجهان أوجههما عدم الاستحقاق ، ولو ساقاه بلفظ الإجارة لم يصح على الأصح في الروضة كأصلها ، قالوا : لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر ، فإن أمكن تنفيذه في محله نفذ فيه كما سيأتي وإلا فالإجارة فاسدة . قال الإسنوي : وتصحيح عدم الانعقاد مشكل مخالف للقواعد ، فإن الصريح في بابه إنما يمنع أن يكون كناية في غيره إذا وجد نفاذاً في موضوعه ، كقوله لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي ناوياً للطلاق فلا تطلق ، ويقع الظهار ، بخلاف قوله لأمته : أنت طالق فهو كناية في العتق ؛ لأنه لم يجد نفاذاً في موضوعه ، ومسألتنا من ذلك اهـ . ولما كان الإشكال قوياً قلت تبعاً لشيخنا : قالوا فإن وجدت الإجارة بشروطها كأن أستأجره بنصف الثمرة الموجودة أو كلها بعد بدوّ الصلاح ، وكذا قبله بشرط القطع ، ولم يكن النصف شائعاً كأن شرط له ثمرة معينة صح ، ولو قال : ساقيتك بالنصف مثلاً ليكون أجرة لك لم يضرّ لسبق لفظ المساقاة **(ويشترط)** فيها **(القبول)** لفظاً من الناطق للزومها كإجارة وغيرها ، وتصح بإشارة الأخرس المفهمة ككتابته **(دون تفصيل الأعمال)** فيها ، فلا يشترط التعرّض له في العقد **(ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب)** فيها في العمل ، إذ المرجع في مثله إلى العرف ، هذا إذا عرفاه ، فإن جهلاه أو أحدهما أو لم يكن عرف وجب التفصيل .

تنبيه : قضية كلامه أن الحمل المذكور يجري وإن عقد بغير لفظ المساقاة وهو كذلك ، وبه صرّح ابن يونس وإن كان كلام الرّوضة قد يفهم أنه لا يجري إلا في لفظها **(و)** يجب **(على العامل)** عند الإطلاق **(ما)** أي عمل **(يحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرّر كل سنة)** في العمل ، ولا يقصد به حفظ الأصل **(كسقي)** إن لم يشرب بعروقه ،

وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ مُضِرَّةٍ ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجَذَاذِهِ وَتَجْفِيفِهِ فِي الْأَصَحِّ .

ويدخل في السقي توابعه من إصلاح طرق الماء وفتح رأس الساقية وسدّها عند السقي ، فلو شرط السقي على المالك فقيل يجوز ، ونصّ عليه في البويطي ؛ لأن المساقاة تجوز على النخل البعلي ، وهو الذي يشرب بعروقه ، والمشهور أن ما على العامل إذا شرط على المالك يبطل العقد . وأما ما يشرب بعروقه فحكى الماوردي فيه ثلاثة أوجه : أحدها أن سقيها على العامل . والثاني : على المالك . والثالث : أي وهو الظاهر يجوز اشتراطه على المالك وعلى العامل ، فإن أطلق صح ويكون على العامل (وتنقية) بئر و (نهر) أي مجرى الماء من الطين ونحوه (وإصلاح الأجاجين التي يثبت فيها الماء) وهي الحفر حول الشجر يجتمع فيها الماء ليشربه ، شبهت بالأجاجين التي يغسل فيها (وتلقيح) للنخل ، وهو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث ، وقد يستغني بعض النخيل عن الوضع المذكور لكونها تحت ريح الذكور فيحمل الهواء ريح الذكور إليها (وتنحية) ، أي إزالة (حشيش) مضرّ كما في الرّوضة ، ولو عبر بالكلأ لكان أولى ؛ لأن الكلأ يقع على الأخضر واليابس ، والحشيش لا يطلق إلا على اليابس على المشهور (و) تنحية (قضبان مضرّة) بالشجر وقطع الجريد وصرفه عن وجوه العناقيد لتصيبها الشمس ويتيسر قطفها عند الإدراك وتقليب الأرض بالمساحي ونحو ذلك مما هو مذكور في المطوّلات لاقتضاء العرف ذلك .

تنبيه : إنما قيدت كلامه بعمل ليخرج الطلع الذي يلقح به والقوصرة التي يجعل فيها العناقيد حفظاً عن الطيور والزنابير والمنجل والمعول بكسر ميميهما والثور وآلته من المحراث وغيره ، فإن ذلك على المالك ؛ لأنه عين ، وإنما يكلف العامل العمل ، وإنما اعتبر التكرار ؛ لأن ما لا يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة ، وتكليفه العامل إجحاف به (و) عليه أيضاً (تعريش) أي إصلاح العريش التي (جرت به عادة) لتلك البلد التي يطرح الكروم فيها على العريش ، وهو أن ينصب أعواداً ويظللها ويرفع العنب عليها . قال المتولي : ونصب الأقصاب فيما يكون على القصب (وكذا) عليه (حفظ الثمر) على الشجر من السرّاق ومن الطيور والزنابير بجعل كل عنقود في وعاء يهيئه المالك ، كقوصرة ، وعن المشمش بجعل حشيش أو نحوه فوقه عند الحاجة (و) عليه (جداده) أي قطعه وحفظه في الجرين من السرّاق ونحوهم (وتجفيفه في الأصحّ) ؛ لأنها من مصالحه ، والخلاف راجع للمسائل الثلاث ،

وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الأَصْلِ ، وَلاَ يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ فَعَلَى المَالِكِ ، وَالمُسَاقَاةُ لاَزِمَةٌ ،

لكنه في الروضة عبر في الثانية والثالثة بالصحيح . والثاني : ليس عليه ؛ لأن الحفظ خارج عن أعمال المساقاة ، وكذا الجداد والتجفيف ؛ لأنهما بعد كمال الثمر .

تنبيه : قيد في الروضة وأصلها الوجوب في التجفيف على العامل بما إذا اطردت العادة به أو شرطاه ، وليس هذا القيد من محل الخلاف ، وألحق ابن المقري بالتجفيف في ذلك الحفظ والجداد وهو ظاهر ، وإذا لزم التجفيف وجب تسوية الجرين ونقله إليه وتقليبها في الشمس إن احتيج إليه ، وكل ما وجب على العامل كان له استئجار المالك عليه ، وكل ما وجب على المالك لو فعله العامل بإذن المالك استحق الأجرة . فإن قيل : ينبغي أن لا يستحق أجرة بمجرّد الإذن كما لو أمر بغسل ثوبه . أجيب بأن إذنه في ذلك بمنزلة أمره بقضاء دينه لا كأمره بغسل ثوبه **(و)** كل **(ما قصد به حفظ الأصل)** أي أصل الثمر وهو الشجر **(ولا يتكرّر كل سنة كبناء الحيطان)** للبستان **(وحفر نهر جديد)** له وإصلاح ما آنهار من النهر ونصب الدولاب والأبواب **(فعلى المالك)** لاقتضاء العرف ذلك ، وعليه أيضاً خراج الأرض الخراجية .

تنبيه : قوله : كبناء الحيطان قد يوهم أن وضع الشوك على الجدار والترقيع اليسير الذي يتفق في الجدار ليس على المالك وليس مراداً بل الأصح أن ذلك بحسب العادة، وتعبيره بجديد قد يشعر بأن ما انهار من النهر يكون على العامل وليس مراداً ، بل هو على المالك ، وما نقله السبكي عن النص من أن الثاني على المالك محمول على ما إذا اطردت العادة به من كونهما على المالك أو العامل **(والمساقاة لازمة)** أي عقد لازم من الجانبين كالإجارة بجامع أن العمل فيهما في أعيان تبقى بحالها بخلاف القراض لا تبقى أعيانه بعد العمل فأشبه الوكالة . فإن قيل : القول بلزومها مشكل لأنها إذا وردت على الذمة أشبهت بيع الدين بالدين ؛ لأن العمل دين على العامل ، والثمرة وإن لم تكن ديناً إلا أنها معدومة فهي في معنى الدين ، وبيع الدين بالدين مجمع على بطلانه . وقال السبكي : لم يتبين لي دليل قويّ على لزومها ، وكنت أودّ لو قال أحد من أصحابنا بعدم لزومها حتى كنت أوافقه . أجيب عن الأوّل بأن بيع الدين بالدين قد جوّز للحاجة كما في الحوالة ، وهذه أولى لشدّة الحاجة إليها ، وعن الثاني بما مرّ من القياس على الإجارة ويملك العامل فيها حصته

فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعاً بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ، وَإِلَّا اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ ،

بالظهور ، بخلاف القراض ؛ لأن الربح فيه وقاية لرأس المال بخلاف الثمرة . نعم إن عقدت المساقاة بعد ظهور الثمرة ملكها بالعقد ، وفي فروع ابن القطان أن العامل لو قطع الثمرة قبل أن تبلغ كان متعدّياً قال ولا شيء له ، والأوّل : ظاهر ، والثاني : لا يأتي على القول بأن العامل يملك حصته بالظهور ، ثم فرّع على اللزوم قوله (**فلو هرب العامل**) أو مرض أو عجز بغير ذلك (**قبل الفراغ**) من عملها (**وأتمه المالك**) بنفسه أو ماله (**متبرّعاً**) بالعمل أو بمؤنته عن العامل (**بقي استحقاق العامل**) كتبرّع الأجنبي بأداء الدين .

تنبيه : لا يختص الحكم المذكور بالهرب بل لو تبرّع عنه بحضوره كان كذلك ، وقوله : وأتمه المالك ليس بقيد بل لو تبرّع عنه بجميع العمل كان كذلك ، والمالك أيضاً ليس بقيد فلو فعله أجنبي متبرّعاً عن العامل فكذلك سواء أجهله المالك أم علمه ، ولا يلزم المالك إجابة الأجنبي المتطوّع ، وقد يفهم من قيد التبرّع أنه لو عمل في مال نفسه ولم يقصد التبرّع عنه لم يستحق العامل وكذا لو تبرّع الأجنبي عن المالك كما في الجعالة ، ويحتمل أن يقال : يستحق ، ويفرق بينه وبين الجعالة باللزوم ، وهذا هو الظاهر وإن قال السبكي الأقرب الأوّل (**وإلا**) بأن لم يوجد متبرّع (**استأجر الحاكم عليه**) بعد رفع الأمر إليه وثبوت كل من المساقاة وهرب العامل وتعذر طلبه كأن لم يعرف مكانه (**مَن يتمه**) من مال العامل ولو كان ماله عقاراً ، وهل تجعل نفس الأرض أو بعضها أجرة ، أو تباع ويجعل منها أجرة يجب على الحاكم أن يفعل ما فيه المصلحة ، فإن لم يكن له مال فإن كان بعد بدوّ الصلاح باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة واستأجر بثمنه ، وإن كان قبل بدوّ الصلاح سواء أظهرت الثمرة أم لا ، اقترض عليه من المالك ، أو أجنبي ، أو بيت المال إن لم يجد من يعمل بأجرة مؤجلة مدّة إدراك الثمر لتعذر بيع بعضه وحده للحاجة إلى شرط قطعه وتعذره في الشائع واستأجر بما اقترضه ويقضيه العامل بعد زوال المانع ، أو يقضيه الحاكم من نصيبه من الثمرة بعد بدوّ الصلاح ، فإن وجد العمل بذلك استغنى عن الاقتراض وحصل الغرض ، ولو استأجر الحاكم المالك أو أذن له في الإنفاق فأنفق ليرجع رجع كما لو اقترض منه ، ومتى تعذر الاقتراض وغيره قبل خروج الثمرة وبعد بدوّ صلاحها لم يفسخ المالك ، لأجل الشركة ، ولا تباع الثمرة بشرط القطع لتعذر قطعها للشيوع إلا إن

فَـإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الحَاكِمِ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الـرُّجُوعَ ، وَلَـوْ مَاتَ وَخَلَّفَ تَـرِكَةً أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا ، وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ الْعَمَلَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ ،

رضي المالك ببيع الجميع فيصح البيع ، وقول الروضة هنا : وأن يشتري المالك نصيب العامل بغير شرط القطع ؛ لأن لصاحب الشجر أن يشتري الثمر قبل بدوّ الصلاح بغير شرط القطع ضعيف ، بل قال الزركشي : ما وقع في أصل الروضة هنا سبق قلم ، وإن كان ذلك قبل خروج الثمرة فله الفسخ وللعامل أجرة ما عمل .

تنبيه : يستأجر الحاكم أيضاً إذا كان العامل حاضراً وامتنع من العمل كما قاله صاحب المعين اليمني ، وظاهر كلام المصنف أنه يكتري وإن كانت المساقاة واردة على العين ، والذي جزم به صاحب المعين اليمني والنشائي المنع في الواردة على العين لتمكن المالك من الفسخ ، وهذا هو الظاهر ، وقولهم : استقرض واكترى عنه يفهم أنه ليس له أن يساقي عنه وهو كذلك (**فإن لم يقدر**) أي المالك (**على**) مراجعة (**الحاكم**) إما لكونه فوق مسافة العدوى أو حاضراً ولم يجبه إلى ما التمسه (**فليشهد على**) العمل بنفسه أو (**الإنفاق إن أراد الرجوع**) بما يعمله أو ينفقه ؛ لأن الإشهاد حال العذر كالحكم ، ويصرّح في الإشهاد بإرادة الرجوع ، فإن لم يشهد كما ذكر فلا رجوع له وإن لم يمكنه الإشهاد فلا رجوع له أيضاً ؛ لأنه عذر نادر .

تنبيه : متى أنفق وأشهد ثم آختلف المالك والعامل في قدر النفقة ففي المصدّق منهما احتمالان للإمام رجح السبكي منهما قول المالك ، ولم يصرّح الشيخان بالمسألة ، وكلامهما في هرب الجمال يقتضي تصديق العامل ، فإنهما رجحا قبول قول الجمال وعللاه بأن المنفق لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم فيكون هنا كذلك (**ولو مات**) العامل المساقي في ذمته قبل تمام العمل (**وخلف تركة أتمّ الوارث العمل منها**) بأن يستأجر عليه لأنه حق وجب على مورثه فيؤدّي من تركته كغيره ، وفي معنى التركة نصيبه من الثمرة ، قاله القاضي وغيره (**وله أن يتمّ العمل بنفسه أو بماله**) إن اختار ويستحق المشروط ، ولا يجب عليه الوفاء من عين التركة كغيره من الديون ، وعلى المالك تمكينه إن كان عارفاً بعمل المساقاة أميناً ، وإلا استأجر الحاكم من التركة ، فإن لم يخلف تركة لم يقترض عليه ؛ لأن ذمته خربت بخلاف الحيّ . أما إذا كانت المساقاة على عين العامل ، فإنها تنفسخ بالموت كالأجير المعين ولا تنفسخ بموت المالك في أثناء المدّة بل يتمّ العامل ، ويأخذ نصيبه ، ولو

وَلَوْ ثَبَتَتْ خِيَانَةُ عَامِلٍ ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ، فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِ الْعَامِلِ ، وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا فَلِلْعَامِلِ عَلَى المُسَاقِي أُجْرَةُ المِثْلِ .

ساقى البطن الأوّل البطن الثاني ثم مات الأوّل في أثناء المدّة ، وكان الوقف وقف ترتيب فينبغي أن تنفسخ كما قاله الزركشي ؛ لأنه لا يكون عاملاً لنفسه . قال : ويلغز به فيقال : مساقاة تنفسخ بموت العاقد أي المالك ، واستثنى من ذلك الوارث : أي إذا ساقى المورث من يرثه ، ثم مات المورث فإن المساقاة تنفسخ لما مرّ **(ولو ثبتت خيانة عامل)** فيها بإقراره أو ببينة أو يمين مردودة **(ضمّ إليه مشرف)** إلى أن يتمّ العمل ولا تزال يده ؛ لأن العمل حقّ عليه ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق ، فتعين سلوكه جمعاً بين الحقين ، وأجرة المشرف عليه . نعم لو لم تثبت الخيانة ولكن آرتاب المالك فيه فإنه يضمّ إليه مشرف وأجرته حينئذ على المالك **(فإن لم يتحفظ به)** أي المشرف أزيلت يده بالكلية ، و **(استؤجر)** عليه **(من مال العامل)** من يتمّ العمل لتعذر آستيفاء العمل الواجب عليه منه والقدرة عليه بهذا الطريق . نعم إن كانت المساقاة على عينه فظاهر كما قال الأذرعي : أنه لا يستأجر عنه بل يثبت للمالك الخيار **(ولو خرج الثمر)** بعد العمل **(مستحقاً)** لغير المساقي كأن أوصى بثمن الشجر المساقى عليه ، أو خرج الشجر مستحقاً **(فللعامل على المساقي أجرة المثل)** لعمله ؛ لأنه فوّت منافعه بعوض فاسد فيرجع ببدلها ، هذا إذا عمل جاهلاً بالحال ، فإن علم الحال فلا شيء له ، وكذا إذا كان الخروج قبل العمل ، ولو اختلفا في قدر المشروط للعامل ولا بينة لأحدهما أو لهما بينتان وسقطتا تحالفا ، وفسخ العقد كما في القراض ، وللعامل على المالك أجرة عمله إن فسخ العقد بعد العمل وإن لم يثمر الشجر وإلا فلا أجرة له ، وإن كان لأحدهما بينة قضى له بها ، وتصح الإقالة في المساقاة كما قاله الزركشي . قال : فإن كان هناك ثمرة لم يستحقها العامل .

خاتمة : بيع المالك شجر المساقاة قبل خروج الثمر لا يصح ؛ لأن للعامل حقاً فيها ، فكأن المالك استثنى بعضها . وأما بعده فصحيح ، ويكون العامل مع المشتري ، كما كان مع البائع ، وليس للبائع بيع نصيبه من الثمرة وحدها بشرط القطع لتعذر قطعه لشيوعه ، وقول القاضي في فتاويه : إذا شرط المالك على العامل أعمالاً تلزمه فأثمرت الأشجار والعامل لم يعمل بعض تلك الأعمال استحق من الثمرة بقدر ما عمل ، فإن عمل

. . . .

نصف ما لزمه استحق نصف ما شرط له مبني على أن العامل ليس بشريك والراجح أنه شريك ، فيستحق حصته وإن لم يعمل وبذلك أفتى شيخي ، ولمساقي المالك في ذمته أن يساقي غيره ، ثم إن شرط له مثل نصيبه أو دونه فذلك ظاهر أو أكثر صحّ العقد فيما يقابل قدر نصيبه دون الزائد تفريقاً للصفقة ولزمه للزائد أجرة المثل ، فإن كانت المساقاة على عينه وعامل غيره انفسخت بتركه العمل لا بمجرّد العقد وكانت الثمرة للمالك ولا شيء للعامل الأوّل وللثاني عليه الأجرة إن جهل الحال وإلا فلا ، ولو أعطى شخص آخر دابة ليعمل عليها أو يتعهدها وفوائدها بينهما لم يصح العقد ؛ لأنه في الأولى يمكنه إيجار الدابة فلا حاجة إلى إيراد عقد عليها فيه غرر ، وفي الثانية الفوائد لا تحصل بعمله ، ولو أعطاها له ليعلفها من عنده بنصف درّها ففعل ضمن له المالك العلف ، وقول الروضة بدل النصف نسب إلى سبق القلم ، وضمن الآخر للمالك نصف الدرّ ، وهو القدر المشروط له لحصوله بحكم بيع فاسد ولا يضمن الدابة ؛ لأنها غير مقابلة بعوض ، فإن قال : لتعلفها بنصفها ففعل ، فالنصف المشروط مضمون على العالف لحصوله بحكم الشراء الفاسد دون النصف الآخر .

كِتَابُ ٱلإِجَارَةِ

كِتَابُ ٱلإِجَارَةِ

بكسر الهمزة في المشهور . وحكى ابن سيده ضمها ، وصاحب المستعذب فتحها ، وهي لغةً : آسم للأجرة . ثم اشتهرت في العقد . وشرعاً عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم[1] ، فخرج بمنفعة العين ، وبمقصودة التافهة ، كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب ، وبمعلومة القراض والجعالة على عمل مجهول . وبقابلة لما ذكر منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة . فإن قيل : منفعة البضع لم تدخل حتى يحتاج إلى إخراجها ، فإن الزوج ما ملك المنفعة ، وإنما ملك أن ينتفع . أجيب بأن قولهم على منفعة ليس فيه أنه ملك المنفعة ، فلهذا أخرجت بقابلة للبذل ، وبعوض هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة ، وبمعلوم المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول كالحجّ بالرزق ودلالة الكافر لنا على قلعة يحاربهم منها ، نعم يرد عليه بيع حق الممرّ ونحوه

---

(١) الإجارة لغة : بكسر الهمزة مصدر أجره يأجره أجراً وإجارة ، فهو مأجور ، هذا المشهور . وحكي عن الأخفش والمبرد : آجره بالمد فهو مؤجر ، فأما اسم الأجرة نفسها ، فإجارة بكسر الهمزة وضمها وفتحها ، وحكى الثلاثة ابن سيده في «المحكم» واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو : العوض ، ومنه سمي الثواب أجراً ، لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته ويصبره على مصيبته . ويقال : أجرت الأجير وآجرته بالقصر والمد : أعطيته أجرته ، وكذا أجره الله تعالى ، وآجره : إذا أثابه .

انظر الصحاح : ٥٧٢/٢ ، المصباح المنير : ١١/١ ، لسان العرب : المغرب : ٢٨/١ ، المطلع .

واصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : عقد على المنافع بعوض .

وعرّفها المالكية بأنها : تمليك منفعة غير معلومة زمناً معلوماً بعوض معلوم .

وعرّفها الحنابلة بأنها : عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم .

انظر : فتح القدير : ١٤٥/٧ ، المبسوط للسرخسي : ٧٤/١٥ ، مجمع الأنهر : ٣٦٨/٢ ، الإقناع : ٧٠/٢ ، مواهب الجليل : ٣٨٩/٥ ، شرح الخرشي : ٢/٧ ، أسهل المدارك : ٣٢١/٢ ، كشف القناع : ٥٤٦/٣ ، الإنصاف : ٣/٦ .

شَرْطُهُمَا

والجعـالة على عمـل معلوم بعوض معلوم . والأصـل فيها قبـل الإجماع قـوله تعـالى ﴿فَـإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـآتُوهُنَّ أُجُـورَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٦] وجـه الدلالـة أن الإرضاع بـلا عقد تبـرّع لا يـوجب أجرة وإنمـا يوجبهـا ظاهـر العقد فتعين ، وخبـر الصحيحين أَنَّـهُ ﷺ آحْتَجَمَ وَأَعْـطَى الحَجَّـامَ أُجْرَتَـهُ ، وخبر البخـاري أَنَّهُ ﷺ وَالِصِّـدِيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ آسْتَـأْجَـرَا رَجُـلاً مِنْ بَنِي الـدِّيْـلِ يُقَـالُ لَـهُ : عَبْـدُ اللَّهِ بْنُ الأُرَيْقِط ، وخبـر مسلم أنـه ﷺ نَهَى عَنِ المُـزَارَعَـةِ وَأَمَـرَ بِالمُؤَاجَرَةِ ، وخبر ابن ماجه والبيهقي أنه ﷺ قال «أَعْطُوا الأَجِيرَ أُجْرَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»(١) وروي أن عليًّا أجر نفسه من يهودي فآستقى له كل دلو بتمـرة حتى بلغ بضعاً وأربعين دلـواً ، والحاجة داعية إليها ، إذ ليس لكل أحد مركوب ومسكن وخـادم ، فجوّزت لـذلك كمـا جوّز بيـع الأعيان(٢) . وأركـانها أربعـة : عاقـدان وصيغة وأجـرة ومنفعة ، وقـد بدأ بشـرط الـركن الأوّل ، فقـال : (شرطهمـا) أي المؤجر والمستـأجر وإن لم يتقـدّم لهما ذكـر لدلالـة الإجارة

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣) والطبراني في الصغير ١/ ٢٠ وأبو نعيم في الحلية ١٤٢/٧ وفي تاريخ أصفهان ٢٢١/١ وانظر التلخيص ٥٩/٣ ونصب الراية ٢٩/٤ .

(٢) حكي عن الأصم وابن علية وغيرهما القول بعـدم جواز الإجـارة . قالـوا : هي على خلاف القيـاس ، لأن المنافع معدومة حين العقد ، وبيع المعدوم لا يجوز ثم لما رأوا الكتاب قد دل على جواز إجارة الظئر للرضاع بقوله تعالى : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ قالوا : إنها على خلاف القياس من وجهين :

أحدهما : كونها إجارة .

والثاني : أن الإجارة عقد على المنافع ، وهذه عقد على الأعيان ، ومن العجب أنه ليس في القرآن ذكر إجارة جائزة إلا هذه . وقالوا : هي على خلاف القياس ، والحكم إنما يكون على خلاف القياس إذا كان النص قد جاء في موضع يشابهه بنقيض ذلك الحكم ، فيقال : هذا على خلاف قياس ذلك النص ، وليس في القرآن ولا في السنّة ذكر فساد إجارة تشبه هذه الإجارة .

ومنشأ وهمهم ظنهم أن مورد عقد الإجارة لا يكون إلا منافع هي أعراض قائمة بغيرها لا أعيان قائمـة بنفسها ثم افترق هؤلاء فرقتين فقالت فرقة : إنمـا احتملناهـا على خلاف القيـاس لورود النص فـلا تتعدى محله ، وقالت فرقة : بل نحيلها على ما يوافق القياس ، وهو كون المعقود عليه أمراً غير اللبن ، وهو إلقام الصبي الثدي ووضعه في حجر المرضعة ونحو ذلك من المنافع التي هي مقدمات الرضاع ، واللبن يدخـل تبعاً غير مقصود بالعقد ثم طردوا ذلك في مثل ماء البئر والعيون التي في الأرض المستأجرة ، وقالوا : تدخـل ضمناً وتبعاً ، فإذا وقعت الإجارة على نفس العين والبئر لسقي الزرع والبستان . قالوا : إنما وردت الإجارة على نفس إدلاء الدلو في البئر وإخراجه وعلى مجرد إجراء العين في أرضه . ممـا هو قلب الحقـائق وجعل المقصود وسيلة ، والوسيلة مقصـودة ، إذ من المعلوم أن هذه الأعمـال إنما هي وسيلة إلى المقصـود بعقد الإجارة وإلا فهي بمجردها ليست مقصودة ولا معقوداً عليها ولا قيمة لها ، وإنما هي كفتح الباب وكقود الدابة لمَن اكترى داراً أو دابة .

كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ ،

عليهما (كبائع ومشتر) في شرطهما وتقدّم بيانه ثم . نعم إسلام المشتري شرط فيما إذا كان المبيع عبداً مسلماً وهنا لا يشترط ، فيصح من الكافر استئجار المسلم كما في قصة عليّ رضي الله تعالى عنه إجارة ذمة . وكذا إجارة عين على الأصح مع الكراهة كما نصّ عليه الشافعي رضي الله تعالى عنه . لكن يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع على الأصحّ في شرح

= وقد أبطل بعض العلماء الأجلّاء ما استدل به الأصم ومتابعوه على عدم جواز الإجارة ، ومنع قول بعضهم إن إجارة الظئر على خلاف القياس ، وجعلها على مقتضاه .

واختلف في القتل المانع من الإرث فعندنا معاشر الشافعية لا يرث مَن له مدخل في القتل ، ولو كان بحق كمقتص ، وإمام ، وقاض ، وجلاد بأمرهما أو أحدهما سواء أكان مباشراً أم متسبباً ، بالاختيار أم بالإكراه ، لكنهم رجحوا في صورة من حفر بئراً في ملكه فقتل فيه مورثه ، وكذا مَن وضع حجراً أو نصب ميزاباً في ملكه أو بنى حائطاً في ملكه فمات المورث بسببها ـ رجحوا في هذه الصور الإرث لأنه لم يتعد فيها . أما إذا تعدى بأن حفر بئراً في الطريق ، فإنه لا يرث إذا مات بها مورثه ـ هذا إذا كان التسبب قريباً . بخلاف ما إذا كان بعيداً كأن أحبل الزوج زوجته فماتت بالولادة ، فإنه يرث ، وإن كان له تسبب في موتها بالإحبال ـ لكنه بعيد ـ ؛ ولأن الوطء من باب الاستمتاع ، ومن شأنه ألا ينسب إليه قتل .

هذا والقتل يشمل المقصود كما تقدم وغير المقصود كقتل النائم والمجنون والصبي وغيرهم . فلا يرث واحد منهم مَن قتله .

وأما حديث : «رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» فلا يرد علينا ؛ لأن المرفوع هنا إنما هو قلم التكليف ولا تعلق له بالإرث .

وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال بإرث القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً لارتفاع القلم عنهما .

وعندنا لا إرث لمَن له دخل في القتل سواء أقصد به مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب فيموت بسببه ، وربطه الجرح للمعالجة أم لا .

قال ﷺ : «ليس للقاتل من الميراث شيء» أي ليس لمَن له مدخل في القتل شيء من الإرث .

وأما السادة الحنفية . فيقولون : إن القتل المانع من الإرث هو ما يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة ، فالذي يوجب القصاص هو العمد . وما يوجب الكفارة إما شبه العمد وإما الخطأ ، وموجبهما الكفارة والدية على العاقلة ، ولا إثم فيه ، ويحرم القاتل الميراث في هذه الصور كلها .

هذا إذا كان القتل بغير حق ، أما لو قتل مورثه قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه ، فلا يحرم الميراث ، وكذا إذا تسبب في القتل ولم يباشره مطلقاً سواء أكان في تسببه متعدياً أم لا .

واعترض على الحنفية في قصر المانع على القتل الموجب للقصاص أو الكفارة ، بما إذا قتل الأب ابنه عمداً فإنه لم يثبت به قصاص ولا كفارة مع أنه محروم اتفاقاً .

وأجيب بأنه موجب للقصاص بحسب أصله إلا أنه سقط بقوله عليه الصلاة والسلام : «لا يقتل الوالد بولده ، ولا السيد بعبده» .

وعند السادة الحنابلة : «كل قتل مضمون بدية أو قصاص أو كفارة مانع ، وما لا فلا ـ أما القتل بحق فلا يمنع الميراث» .

وعند السادة المالكية : يرث القاتل خطأً من المال دون الدية ، ولا يرث القاتل عمداً وعدواناً .

وَالصِّيغَةُ آجَرْتُكَ هٰذَا أَوْ أَكْرَيْتُكَ أَوْ مَلَّكْتُكَ مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا فَيَقُولُ: قَبِلْتُ أَوِ اسْتَأْجَرْتُ أَوِ اكْتَرَيْتُ ،

المهذب بأن يؤجره لمسلم ، وعلم من قوله كبائع أن الأعمى لا يكون مؤجراً وإن جاز له إجارة نفسه .

تنبيه : يرد على طرده السفيه فإنه يجوز له إجارة نفسه فيما ليس بمقصود من عمله كما مرّ في باب الحجر ؛ لأنه لما جاز أن يتطوّع على غيره بالعمل ؛ فأولى بعوض بخلاف المقصود من عمل مثله ، ويرد على عكسه ما لو أجر السيد عبد نفسه فإنه لا يصح ، وإن صح أن يبيعه نفسه كما ذكره المصنف في فتاويه ، والشريكان في العقار إذا تنازعا المهايأة أجر القاضي عليهما ، ويرجع في المدّة إلى اجتهاد القاضي كما بحثه الزركشي . ثم شرع في الركن الثاني ، فقال : **(والصيغة)** نحو قول المؤجر : **(آجرتك هذا)** الثوب مثلاً **(أو أكريتك)** إياه **(أو ملكتك منافعه سنة بكذا)** ، وإن لم يقل من الآن كما سيأتي **(فيقول)** المستأجر ؛ فوراً **(قبلت أو استأجرت أو اكتريت)** أو استكريت .

تنبيه : قوله : والصيغة مبتدأ لا معطوف وما بعده خبره ، وهو قوله : أجرتك هذا الخ ، ومعنى أجرتك سنة : أي منافع سنة ، ولا يجوز كون سنة ظرفاً : أي مفعولاً فيه لأجرتك ؛ لأنه إنشاء وزمنه يسير ، بل المعنى أجرتك واستمر أنت على ذلك سنة كما قيل بذلك في قوله تعالى ﴿فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةَ عَامٍ﴾ أن المعنى فأماته الله واستمر على ذلك مائة عام ، وإلا فزمن الأمانة يسير . وأما نحو أجرتك الدار سنة ، فالدار مفعول ثان وسنة ظرف بفعل مقدّر مأخوذ من أجرتك : أي لتنتفع بها سنة ، ولا يجوز كون سنة مفعولاً ؛ لأن أجر لا يتعدّى إلى ثلاثة مفاعيل ، ووزن آجر كما قال ابن الحاجب فاعل كضارب لا أفعل كأكرم ، ويجوز تقدّم لفظ القابل ، ولو بقبلت كما يؤخذ من التشبيه بالبيع وبالكتابة وبالاستيجاب والإيجاب ، وبإشارة الأخرس المفهمة وبالكناية كالبيع ، ومن الكنايات هنا اسكن داري شهراً بكذا أو جعلت لك منفعتها بكذا ، والخلاف في المعاطاة في البيع جار هنا ، وفي الرهن والهبة كما نقله في كتاب البيع من المجموع عن المتولي وآخرين قال في التوشيح : ولا أدري هل يختار النووي صحة المعاطاة فيها ، كما اختاره في البيع أولا ، والأظهر لا ، فإنه لا عرف فيها ، بخلاف البيع .

تنبيه : اعلم أن مقصود الإجارة المنافع ، وهي مورد العقد عند الجمهور ، إذ لو كان

وَالأَصَحُّ انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ: آجَرْتُكَ مَنْفَعَتَهَا ، وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ : بِعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا ، وَهِيَ قِسْمَانِ : وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنٍ كَإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ ، وَ

موردها العين لامتنع رهن العين المستأجرة والمرهونة ، وقيل : موردها العين ليستوفي منها المنفعة ؛ لأن المنافع معدومة . قال الشيخان : ويشبه أن لا يكون خلافاً محققاً ؛ لأن مَن قال بالثاني لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع ، ومَن قال بالأوّل لا يقطع النظر عن العين بالكلية ونازع في ذلك ابن الرفعة بأن في البحر وجهاً : أن حليّ الذهب لا تجوز إجارته بالذهب ، وحلي الفضة لا تجوز إجارته بالفضة ، ولا يظهر له وجه إلا على التخريج بأن المؤجر العين فقد صار خلافاً محققاً ونشأ عنه الاختلاف في هذا الفرع . وقال ابن الملقن تظهر فائدة الخلاف في إجارة المستأجر قبل قبضه إن قلنا : مورد العقد العين صحت الإجارة وإلا فسدت لأن المنافع غير مقبوضة **(والأصحّ انعقادها)** أي الإجارة **(بقوله)** أي المؤجر لدار مثلاً **(آجرتك)** أو أكريتك **(منفعتها)** سنة مثلاً بكذا فيقبل المستأجر فهو كما لو قال آجرتكها ، ويكون ذكر المنفعة تأكيداً كقول البائع : بعتك عين هذه الدار ورقبتها . والثاني : المنع ؛ لأن لفظ الإجارة وضع مضافاً للعين ؛ لأن المنفعة لا منفعة لها فكيف يضاف العقد إليها ، وجعل في المطلب هذا من فوائد الخلاف في أن موردها العين أو المنفعة **(و)** الأصحّ **(منعها)** أي منع انعقادها **(بقوله : بعتك منفعتها)** ؛ لأن لفظ البيع موضوع لملك الأعيان ، فلا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة وكلفظ البيع لفظ الشراء والثاني يجوز ؛ لأنها صنف من البيع . وهو قول ابن سريج ، وجزم به في التنبيه وصححه جمع من المتأخرين كالإسنوي والأذرعي ، وهذه المسألة من فوائد الخلاف أيضاً في أن مورد العقد هل العين أو المنفعة والصحة على قول العين والمنع على قول المنفعة ، وعليه لا يكون البيع كناية فيها أيضاً ؛ لأن بعتك ينافي قوله سنة فلا يكون صريحاً ولا كناية خلافاً لما بحثه بعض المتأخرين من أنه فيها كناية . هذا كله في إجارة العين . أما إجارة الذمة فيكفي فيها ألزمت ذمتك بكذا عن لفظ الإجارة ونحوها فيقول : قبلت كما في الكافي أو التزمت **(وهي)** أي الإجارة **(قسمان)** أحدهما إجارة **(واردة على عين)** أي على منفعة مرتبطة بعين **(كإجارة العقار ودابة أو شخص)** وقوله **(معينين)** صفة دابة أو شخص غلب فيه المذكر على المؤنث على الأصل ، ولو قال : معين بالإفراد لوافق المعروف لغة من أن العطف بأو يقتضي الإفراد ولهذا أجيب عن قوله تعالى ﴿إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيراً فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا﴾ بأن المراد التنويع ، وبه يجاب عن المصنف هنا وفي كثير من الأبواب **(و)**

عَلَى الذِّمَّةِ كاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً، وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا فَإِجَارَةُ عَيْنٍ ، وَقِيلَ ذِمَّةٍ ، وَيُشْتَرَطُ في إِجَارَةِ الذِّمَّةِ تَسْلِيمُ الأُجْرَةِ في المَجْلِسِ ، وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لاَ يُشْتَرَطُ ذٰلِكَ فِيهَا،وَيجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كانَتِ في الذِّمَّةِ ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ

القسم الثاني إجارة واردة **(على الذمة كاستئجار دابة موصوفة)** لحمل مثلاً **(وبأن يلزم ذمته)** أي الشخص عملاً **(خياطة أو بناء)** أو غير ذلك ويقول الآخر قبلت أو اكتريت ، وإنما جعل المصنف العقار من قسم الواردة على عين ، واقتصر عليه ؛ لأنه لا يثبت في الذمة . والقسم الثاني يتصوّر فيه الأمران ، والسفن هل تلحق بالدواب أو بالعقار ؟ لم يتعرّضوا له ، والأقرب إلحاقها بالدواب كما قاله الجلال البلقيني .

تنبيه : تقسيم الإجارة إلى واردة على العين وواردة على الذمة لا ينافي تصحيحهم أن موردها المنفعة لا العين لأن المراد بالعين ما يقابل المنفعة ، وهنا ما يقابل الذمة ، ولهذا قدرت في كلامه ما يدل لذلك **(ولو قال)** شخص لآخر : **(استأجرتك لتعمل)** لي **(كذا فإجارة عين)** في الأصحّ للإضافة إلى المخاطب كقوله استأجرتك لهذه الدابة **(وقيل)** : إجارة **(ذمة)** نظراً إلى المعنى ؛ لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب ، فكأنه قال : استحقيت كذا عليك فله تحصيله بغيره وبنفسه ، وردّ هذا بأنه لم يجر لفظ الذمة ولا اللفظ ظاهر فيه ، وقد قطعوا بالأوّل في كتاب الحج فمثلوا استئجار عين الشخص للحج باستأجرتك لتحج عني أو عن ميتي ولم يحكوا فيه الخلاف **(ويشترط في)** صحة **(إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس)** قطعاً إن عقدت بلفظ السلم كرأس مال السلم ؛ لأنها سلم في المنافع ، وكذا إن عقدت بلفظ الإجارة في الأصح نظراً إلى المعنى فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا الاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء منها .

تنبيه : لا يعلم من كلامه وجوب كون الأجرة حالة وهو لا بدّ منه ؛ لأنه لا يلزم من القبض الحلول **(وإجارة العين لا يشترط)** في صحتها **(ذلك)** أي تسليم الأجرة **(فيها)** في المجلس معينة كانت الأجرة أو في الذمة كالثمن في البيع . ثم إن عين لمكان التسليم مكاناً تعين ، وإلا فموضع العقد كما نقله في باب السلم من زيادة الرّوضة عن التتمة وأقره **(ويجوز)** في الأجرة **(فيها)** أي إجارة العين **(التعجيل)** للأجرة **(والتأجيل)** فيها **(إن كانت)** تلك الأجرة **(في الذمة)** كالثمن ، ويجوز الاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها ، فإن كانت معينة لم يجز التأجيل ؛ لأن الأعيان لا تؤجل **(وإن أطلقت)** تلك الإجارة

تَعَجَّلَتْ ، وَإِنْ كَـانَتْ مُعَيَّنَةً مُلِكَتْ في الحَالِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الأُجْرَةِ مَعْلُومَةً فَلاَ تَصِحُّ بِـالْعِمَارَةِ وَالْعَلْفِ

(تعجلت) فتكون حالة كالثمن في البيع المطلق **(وإن كانت معينة)** أو مطلقة كما في الرّوضة وأصلها أو في الذمة كما قاله المتولي ، وإن أفهم كلام المصنف خلافه **(ملكت في الحال)** بالعقد ملكاً مراعى بمعنى أنه كلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن المؤجر استقر ملكه من الأجرة على ما يقابل ذلك . أما استقرار جميعها فباستيفاء المنفعة أو بتفويتها كما سيأتي في كلامه آخر الباب ، ولو ذكره هنا كان أولى ولو تنازعا في البداءة بالتسليم فكما مرّ في البيع كما قاله المتولي وأقرّه خلافاً للماوردي في قوله : لا يجب تسليم الأجرة ما لم يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر .

تنبيه : كما يملك المؤجر الأجرة بالعقد يملك المستأجر المنفعة المعقود عليها ، وتحدث في ملكه بدليل جواز تصرّفه فيها في المستقبل ، ولو أجر الناظر الوقف سنين وأخذ الأجرة لم يجز له دفع جميعها للبطن الأوّل ، وإنما يعطي بقدر ما مضى من الزمان ، فإن دفع أكثر منه فمات الآخذ ضمن الناظر تلك الزيادة للبطن الثاني قاله القفال . قال الزركشي : وقياسه أنه لو أجر الموقوف عليه لا يتصرّف في جميع الأجرة لتوقع ظهور كونه لغيره بموته اهـ وهو كما قال السبكي محمول على ما إذا طالت المدّة . أما إذا قصرت فيتصرّف في الجميع ؛ لأنه ملكه في الحال . أما صرفها في العمارة فلا منع منه بحال . ثم شرع في الركن الثالث ذاكراً لشرطه ، فقال **(ويشترط كون الأجرة)** التي في الذمة **(معلومة)** جنساً وقدراً وصفة كالثمن في البيع ، فإن كان معينة كفت مشاهدتها إن كانت على منفعة معينة على المذهب أو في الذمة على الأصحّ . فإن قيل : يرد على اشتراط العلم بها صحة الحج بالرزق كما جزم به في الروضة مع أن الرزق مجهول . أجيب بأن ذلك ليس بإجارة ، بل نوع جعالة يغتفر فيها الجهل بالجعل وعلى اشتراط العلم بالأجرة **(فلا تصح)** استئجار الدار مثلاً **(بالعمارة)** كأجرتكها بما تحتاج إليه من عمارة أو بدينار مثلاً تعمرها به ، لأن العمل بعض الأجرة ، وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة ، فإن أجره الدار بدراهم معلومة بلا شرط وأذن له في صرفها في العمارة صح . قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على اتحاد القابض والمقبض لوقوعه ضمناً ، وإذا أنفق واختلفا في القدر المنفق صدق المنفق بيمينه إن ادّعى قدراً محتملاً كما جزم به ابن الصباغ وغيره **(و)** لا يصحّ أيضاً إجارة دابة شهراً مثلاً بنحو **(العلف)** بسكون اللام وفتحها بخطه . الأوّل : مصدر والثاني : اسم لما يعلف به

وَلَا لِيَسْلُخَ بِالجِلْدِ وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ، وَلَوِ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقاً بِبَعْضِهِ فِي الحَالِ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَوْنُ المَنْفَعَةِ مُتَقَوَّمَةً، فَلَا يَصِحُّ

كرياضتها للجهالة (ولا) يصحّ أيضاً استئجار سلاخ (ليسلخ) الشاة (بالجلد) الذي عليها (ولا) طحان على أن (يطحن) البرّ مثلاً (ببعض الدقيق) منه كربعه (أو بالنخالة) منه للجهل بثخانة الجلد وبقدر الدقيق والنخالة ولعدم القدرة على الأجرة حالاً، وقد روى الدارقطني وغيره أن النبي ﷺ نهى عَنْ قِفيزِ الطَّحَانِ، وفسر بأن يجعل أجرة الطحن قفيزاً مطحوناً، والضابط في هذا أن تجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير. قال السبكي: ومنه ما يقطع في هذه الأزمان من جعل أجرة الجابي العشر مما يستخرجه. قال: فإن قيل: لك نظير العشر لم تصح الإجارة أيضاً وفي صحته جعالة نظر اهـ والظاهر فيها البطلان للجهل بالجعل.

تنبيه: أطلق المصنف الطحن، وصورته أن يقول: لتطحن الكل أو يطلق. فإن قال لتطحن ما وراء الصاع المجعول أجرة صحّ كما قاله الماوردي (ولو استأجرها) أي المرأة (لترضع رقيقاً ببعضه) كربعه (في الحال جاز على الصحيح)، ولا أثر لكون عملها يقع في مشترك كمساقاة شريكه إذا شرط له زيادة من الثمرة فإنه يجوز، وإن كان عمله يقع في مشترك كما مال إليه الإمام والغزالي، وقال ابن النقيب: إطلاق نصّ الأم أنه لا يجوز كونه أجيراً على شيء هو شريك فيه اهـ والتحقيق ما اختاره السبكي من أنه إن كان الاستئجار على الكل لم يجز، وهو مراد النص كأن يقول لغير شريكه: اكتريتك لتطحن لي هذه الويبة بربعها ولشريكه فيها اكتريتك بربعها لتطحن لي حصتي، أو على حصته فقط جاز كقوله لغير شريكه: اكتريتك بربعها لتطحن لي باقيها، ولشريكه فيها آكتريتك بربعها لتطحن لي باقي حصتي منها، وعلى هذا ينزل كلامهم. ثم شرع في الركن الرابع، وهو المنفعة وله خمسة شروط مبتدئاً بأوّل الشروط، فقال: (و) يشترط (كون المنفعة متقوّمة) لم يرد بالمتقوّمة هنا مقابلة المثلية، بل ما لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها كاستئجار دار للسكنى والمسك والرياحين للشم، فإنها إذا لم تكن لها قيمة إما لحرمتها أو لخستها أو قلتها، يكون بذل المال في مقابلتها سفهاً وتبذيراً، وهذا الشرط معطوف على قوله معلومة كما يعلم من التقدير، وضابط ما يجوز استئجاره كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة معلومة مقصودة تضمن باليد وتباح بالإباحة. ثم فرع على اشتراط تقويم المنفعة قوله: (فلا يصحّ

اسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ على كَلِمَةٍ لَا تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ السِّلْعَةَ ، وَكَـذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيـرُ لِلتَّزْيِينِ ، وَكَلْبٌ لِلصَّيْـدِ في الأَصَحِّ ، وَكَوْنُ المُؤَجِّرِ قَادِراً عَلَى تَسْلِيمِهَا ،

استئجار) تفاحـة للشم ؛ لأنها تـافهة لا تقصـد له فهي كحبـة برّ في البيـع ، فإن كثـر التفاح صحت الإجارة ؛ لأن منه ما هو أطيب من كثير من الرياحين ، ولا استئجار **(بيـاع على كلمة لا تتعب)** قـائلها **(وإن)** كـانت إيجاباً وقبـولاً و **(روّجت السلعـة)** إذ لا قيمـة لهـا . لكن لـو استؤجر عليها ، ولم يتعب بتردّد أو كلام فـلا شيء له وإلا فله أجـرة المثل . فـإن قيل ذلـك غير معقودعليـهفهومتبـرّع به. أجيب بـأنه لمـاكان المعقـودعليه لا يتم إلابـه عادةنـزل منـزلته. أمـا ما يحصـل فيه التعب من الكلمـات كما في بيـع الثياب والعبيـد ونحوهمـا مما يختلف ثمنه باختلاف المتعاقدين فيصحّ الاستئجـار عليه، ويلحق بمـاذكره المصنف مـا إذا استأجـره ليـعلمه آيـة لا تعب فيها كقوله تعالى ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾[المدثر: ٢١] كما صرّحوا به في الصداق، وكذا على إقامـة الصلاة إذ لا كلفـة فيها، بخلاف الأذان فإن فيـه كلفة مراعاة الوقت. قال الـرافعي : وليست صافيـة من الإشكال وتقوى الصحة بالتبعية لـلأذان ، وفي الإحياء لا يجـوز أخذ عـوض على كلمة يقـولها طبيب بدواء ينفرد به بمعرفته إذ لا مشقة عليه في التلفظ به بخلاف ما لو عرف الصيقل الماهر إزالة اعوجاج السيف والمرآة بضربة واحدة ، فـإن له أخـذ العوض وإن كثـر ؛ لأن هذه صنـاعات يتعب في تعليمها ليكتسب بها ويخفف عن نفسه التعب ، وأفتى القفال بأنه لا يصح استئجار لـه ، وهذا هـو الظاهـر ، وإن قال الأذرعي المختـار ما قـاله الغـزالي **(وكذا دراهم ودنـانيـر للتزيين)** للحوانيت ونحوها **(وكلب)** معلم **(للصيد)** ونحوه كحراسة مـاشية أو زرع أو درب لا يجوز استئجار كل من ذلك **(في الأصحّ)** في الجميع لأن منفعة التزيين بالنقد غير متقوّمـة فلا تقابل بمال بخلاف إعارتها للزينة كما مـرّ في بابهـا ، والكلب لا قيمة لعينـه فكذا لمنفعتـه . والثاني : ينازع في مثل ذلك ، ومثل التزيين في ذلك الضرب على سكتها والوزن بهـا . أما إذا لم يصرّح بالتزيين أو لم يكن الكلب معلماً فلا يصحّ الاستئجـار جزمـاً ، وخرج بـالكلب الخنزير ، فلا تصحّ إجارته جزماً ، والمتولد منهما كذلك كما قاله بعض المتأخرين ، وخـرج بالدراهم والدنانير الحليّ فتجوز إجـارته حتى بمثله من ذهب أو فضـة ، ولو استـأجر شجـرة للاستظلال بظلها أو الربط بها أو طائراً للأنس بصوته كالعندليب أو لونه كالطاوس صحّ ؛ لأن المنافع المذكورة مقصوده متقوّمة ، ويصح الاستئجـار في الهرّة لـدفع الفـأر والشبكة والفهـد والبـازي للصيد ؛ لأن لمنـافعها قيمـة . ثم شرع في الشـرط الثاني فقـال : **(و)** يشتـرط في

فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ، وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ ، وَلَا يَكْفِيهَا المَطَرُ المُعْتَادُ ، وَيَجُوزُ إنْ كانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ ، وكَذَا انْ كَفَاهَا المَطَرُ المُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثُّلُوجِ المُجْتَمِعَةِ ، والْغَالِبُ حُصُولُهَا في الأَصَحِّ ،

المنفعة أيضاً (**كون المؤجر قادراً على تسليمها**) حساً أو شرعاً ليتمكن المستأجر منها ، والقدرة على التسليم تشمل ملك الأصل وملك المنفعة فيدخل المستأجر ، فله إيجار ما استأجره ، وكذا للمقطع أيضاً إجارة ما أقطعه له الإمام كما في فتاوى المصنف قال : لأنه مستحق لمنفعته ، وخالف في ذلك الشيخ تاج الدين الفزاري وجماعة من علماء عصره فأفتوا بالبطلان ، فإن المقطع لم يملك المنفعة ، وإنما أبيح له الانتفاع بها كالمستعير ، والأولى كما قال الزركشي التفصيل بين أن يأذن له الإمام في الإيجار أو يجري عرف عام كديار مصر فيصحّ وإلا فيمتنع ، وعلى اشتراط القدرة (**فلا يصحّ استئجار آبق ومغصوب**) لغير من هما في يده ولا يقدر على انتزاع المغصوب عقب العقد . أما الغاصب أو القادر على انتزاع المغصوب عقب العقد أو من وقع الآبق في يده فيصحّ الاستئجار منه .

تنبيه : يؤخذ من اشتراط القدرة على تسليم المنفعة أنه لا يصح استئجار العبد المنذور عتقه أو المشروط عتقه على المشتري ، وبه صرّح في المجموع (**و**) لا يصح استئجار (**أعمى**) إجارة عين (**للحفظ**) فيما يحتاج للنظر ولا أخرس للتعليم . أما لو استأجر واحداً منهما لحفظ شيء بيده أو جلوسه خلف باب للحراسة ليلاً فإنه يصح ، وخرج بإجارة العين إجارة الذمة فيصح منهما مطلقاً ؛ لأنها سلم ، وعلى المسلم إليه تحصيل المسلم فيه بأيّ طريق كان ، ولا آستئجار غير القارىء لتعليم القرآن في إجارة العين ، ولو اتسعت المدّة ليعلمه قبل تعليمه ؛ لأن المنفعة مستحقة من عينه والعين لا تقبل التأجيل بخلافها في إجارة الذمة ؛ لأنها سلم في المنافع كما مرّ (**و**) لا استئجار (**أرض للزراعة لا ماء لها دائم**) أي مستمرّ (**ولا يكفيها المطر المعتاد**) ولا ما في معناه كثلج ونداوة ولا تسقى بماء غالب الحصول لعدم القدرة على التسليم ، ومجرّد الإمكان لا يكفي كإمكان عود الآبق والمغصوب . نعم لو قال المكري : أنا أحفر لك بئراً وأسقي أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت الإجارة كما قاله الروياني . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح ، وإن كانت بمحلّ لا يصلح لها كالمفازة (**ويجوز**) استئجارها للزراعة (**إن كان لها ماء دائم**) من عين أو بئر أو نهر ولو صغيراً (**وكذا**) يجوز (**إن كفاها المطر المعتاد أو ماء الثلوج المجتمعة**) في نحو جبل (**والغالب حصولها في الأصح**) ؛ لأن الظاهر حصول الغالب ،

والإمْتِنَاعُ الشَّـرْعِيُّ كالحِسِّيِّ ، فَـلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَـارٌ لِقَلْعِ سِنّ صَحِيحَةٍ ،

والثاني : لا يجوز لعدم الوثوق بحصول ما ذكر ، ويجوز استئجار أراضي مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمسة عشر ذراعاً فما دونها كما نقله في الكفاية عن أبي الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين ، وقال السبكي : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة وما يروى من ستة عشر وسبعة عشر غالب الحصول وإن كان الاحتمال متطرّقاً إلى الستة عشر قليلاً وإلى السبعة عشر كثيراً اهـ بل الغالب في زماننا وصول الزيادة إلى السبعة عشر والثمانية عشر ، ويصح آستئجار الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها وإن سترها عن الرؤية ؛ لأن الماء من مصلحتها كاستتار الجوز واللوز بالقشر . فإن قيل : ينبغي عدم الصحة ؛ لأن الانتفاع عقب العقد شرط والماء يمنعه . أجيب بأن الماء من مصالح الزرع وبأن صرفة ممكن في الحال بفتح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالاً كاستئجار دار مشحونة بأمتعة يمكن نقلها في زمن لا أجرة له ، هذا إن وثق بانحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصحّ ، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يغرقها وتنهار في الماء لم يصحّ استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز ؛ لأن الأصل والغالب السلامة ، وإن استأجرها أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها إن اعتيد دخوله بعرف مطرد ، وهو بكسر الشين : النصيب من الماء . بخلاف ما لو باعها لا يدخل ؛ لأن المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط في العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لم يصح العقد للاضطراب في الأوّل وكما لو استثنى ممرّ الدار في بيعها في الثاني ، فإن وجد شرب غيره صح لزوال المانع بالاغتناء عن شربها ، **(والامتناع الشرعي)** لتسليم المنفعة **(كالحسي)** في حكمه .

تنبيه : استثني من هذه القاعدة مسائل : منها ما لو رأى المتيمم ماء في صلاته التي تسقط القضاء ، ثم تلف امتنع عليه التنفل بعد السلام بذلك التيمم مع أنه رآه ، وهو ممنوع من استعماله شرعاً لأجل الصلاة ، ولم يجعلوه كما لو رآه وثم مانع منه حسي كسبع وعدوّ ، ومنها ما ذكروه في الإيلاء أن المانع إذا قام بالمرأة إن كان حسياً منع من ضرب المدّة أو شرعياً فلا في بعض الصور ، ومنها الإقالة فإنها تجوز بعد تلف المبيع ولا تجوز بعد بيع المبيع أو إجارته ، ومنها ما لو فقد إحدى رجليه ولبس الخف على الأخرى ؛ فإنه يجوز أن يمسحه ، ولو كانت عليلة بحيث لا تغسل لم يمسح خف الأخرى على الصحيح . ثم فرع على القاعدة المذكورة قوله **(فلا يصح استئجار لقلع سنّ صحيحة)** لحرمة قلعها ، وفي

ولا حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ ، وكَذَا مَنْكُوحَةٍ

معناها كل عضو سليم من آدمي أو غيره في غير قصاص . أما العليلة فيصح الاستئجار لقلعها إن صعب الألم ، وقال أهل الخبرة : إن قلعها يزيل الألم . وأما المستحق قلعها في قصاص ، فيجوز الاستئجار له ؛ لأن الاستئجار في القصاص واستيفاء الحدود جائز ، وفي البيان أن الأجرة على المقتص منه ، إذا لم ينصب الإمام جلاداً يقيم الحدود ويرزقه من مال المصالح ، ولو كان السنّ صحيحاً ولكن انصبّ تحته مادّة من نزلة ونحوها ، وقال أهل الخبرة : لا تزول المادة إلا بقلعها ، فالأشبه كما قال الأذرعي جواز القلع للضرورة ، واليد المتأكلة كالسنّ الوجعة ، وكذا الفصد والحجامة . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين استئجار البياع على كلمة لا تتعب ؟ . أجيب بأن الفصد ونحوه جوّز للحاجة ، ولو استأجره لقلع سنّ وجعة فبرئت انفسخت الإجارة لتعذر القلع . فإن لم تبرأ ومنعه من قلعها لم يجبر عليه ويستحق الأجرة بتسليم نفسه ومضيّ مدّة إمكان العمل لكنها تكون غير مستقرة حتى لو سقطت ردّ الأجرة كمن مكنت الزوج فلم يطأها ثم فارق ، ويفارق ذلك ما لو حبس الدابة مدّة إمكان السير حيث تستقرّ عليه الأجرة لتلف المنافع تحت يده (و) لا استئجار مسلمة (حائض) أو نفساء أو مستحاضة إجارة عين (لخدمة مسجد) وإن أمنت التلويث ، وجوّزنا العبور لاقتضاء الخدمة المكث أو التردّد ، وهي ممنوعة منه . أما الكافرة إذا أمنت التلويث فالأشبه الصحة كما قاله الأذرعي بناء على الأصح من تمكين الكافر الجنب من المكث بالمسجد ؛ لأنها لا تعتقد حرمته ، ولو استأجر عين امرأة مسلمة لكنس مسجد فحاضت أو نفست انفسخت الإجارة ، فلو دخلت وكنست عصت ولم تستحق أجرة ، وفي معنى خدمة المسجد تعليم القرآن ، وفي معنى الحائض المستحاضة ومن به جراحة نضاحة إذا لم يأمن التلويث . وأما إجارة من ذكر في الذمّة فتصح ، ولا استئجار لتعليم التوراة والإنجيل والسحر والفحش والنجوم والرمل ولا لختان الصغير الذي لا يحتمل ولا لختان الكبير في شدّة الحر والبرد ولا لتثقيب الأذن ولو لأنثى ولا للزمر والنياحة وحمل الخمر غير المحترمة لا للإراقة ولا لتصوير الحيوانات وسائر المحرمات ، وجعل في التنبيه من المحرمات الغناء ، وفيه كلام ذكرته في شرحه ، ولا يجوز أخذ العوض على شيء من ذلك كبيع الميتة . أما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة أو حمل المحترمة فجائز كنقل الميتة إلى المزبلة ، وكما يحرم أخذ الأجرة على المحرم يحرم إعطاؤها إلا لضرورة كفكّ الأسير وإعطاء الشاعر لئلا يهجوه الظالم ليدفع ظلمه والحاكم ليحكم بالحق فلا يحرم الإعطاء عليها (وكذا) حرّة (منكوحة) لغير

لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الأَصَحِّ ، وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا ،

المستأجر تملك منافع نفسها ، ولا تجوز إجارتها إجارة عين كما قاله القاضي حسين وغيره (لرضاع أو غيره) مما لا يؤدّي لخلوة محرّمة (بغير إذن الزوج في الأصحّ) ؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحقه ، والثاني : يجوز ؛ لأن محله غير محل النكاح ، إذ لا حق له في لبنها وخدمتها لكن له فسخها حفظاً لحقه .

تنبيه : استثنى من كلام المصنف ما لو كان الزوج غائباً غيبة بعيدة أو كان طفلاً فأجرت نفسها لعمل تعمله في منزله بحيث تظنّ فراغها منه قبل تمكنه من التمتع بها ، فإنه يصح كما قاله الأذرعي ، وقول الغزي : إن هذا ضعيف ؛ لأن منافعها مستحقة للزوج بعقد النكاح ممنوع ، فإن الزوج لم يستحق المنافع، وإنما استحق أن ينتفع وهو متعذر ، وخرج بالحرة الأمة فإن لسيدها أن يؤجرها نهاراً بغير إذن زوجها ؛ لأن له الانتفاع بها . نعم المكاتبة كالحرة كما قاله الأذرعي إذ لا سلطنة للسيد عليها والعتيقة الموصي بمنافعها أبداً لا يعتبر إذن الزوج في إيجارها كما قاله الزركشي وبغير المستأجر المنكوحة له ، فيجوز له استئجارها ولو لولده منها ، وبتملك منافعها ما لو كانت مستأجرة العين فلا يصح أن تؤجر نفسها قطعاً . فإن قيل قد عمت البلوى باستئجار العكامين للحج ، وقد أفتى السبكي بمنعه ؛ لأن الإجارة وقعت على أعينهم للعكم فكيف يستأجرون بعد ذلك ؟ . أجيب بأنه لا مزاحمة بين أعمال الحج والعكم ، إذ يمكنه فعلها في غير أوقات العكم ؛ لأنه لا يستغرق الأزمنة ، وبإجارتها إجارة عين ما لو التزمت عملاً في ذمّتها ، فإن العقد يصح ، وإن لم يأذن الزوج ، وبغير إذنه ما لو أذن فإنه يصح قطعاً ؛ لأن المنع كان لحقه ، وليس لمستأجرها منع الزوج من وطئها في أوقات فراغها خوف الحبل وانقطاع اللبن على الأصح في زيادة الروضة . فإن قيل : قياس منع الراهن من وطء الأمة المرهونة بغير إذن المرتهن منع الزوج من وطء الزوجة بغير إذن المستأجر كما قال به الروياني ، ونقله الإمام عن الأصحاب . أجيب بأن الراهن يملك منافع الأمة ، وقد حجر على نفسه بالرهن ولا كذلك الزوج **(ويجوز تأجيل المنفعة)** إلى أجل معلوم ، **(في إجارة الذمّة)** ؛ لأن الدين يقبل التأجيل كما لو أسلم في شيء إلى أجل معلوم . فإن أطلق كان حالاً . وقوله **(كألزمت ذمتك الحمل)** لكذا **(إلى مكة)** مثلاً **(أول شهر كذا)** تبع فيه المحرر . وظاهره أنه تأجيل صحيح . وهو المنصوص في

وَلاَ يَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ، فَلَوْ أَجَّرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الأُولى قَبْلَ انْقِضَائِهَا جَازَ في الأَصَحِّ ،

البويطي ، لكن الأصح كما في الروضة وأصلها في السلم عن الأصحاب أنه لو قال : أوّل شهر رمضان بطل ؛ لأنه يقع على جميع النصف الأوّل . فلو مثل كالشرحين والروضة بغرة شهر كذا لكان أولى . ويمكن أن يريد بالأوّل المستهل فيكون مساوياً للتمثيل بالغرة (**ولا يجوز**) ؛ ولا يصح (**إجارة عين لمنفعة مستقبلة**) كإجارة الدار السنة المستقبلة أو سنة أوّلها من الغد . واحترز بالعين عن إجارة الذمة كما مر . فإن قيل : يرد على الكتاب ما لو استأجره لعمل لا يعمل إلا بالنهار وعقد الإجارة ليلاً وأطلق فإنه يصح وإن كان الحال يقتضي تأخير العمل كما لو أجر أرضاً للزراعة في وقت لا يتصوّر المبادرة فيه إلى زراعتها . أجيب بأن قوله لمنفعة مستقبلة يدل على أن ذلك وقع في لفظ العقد ، ثم استثنى المصنف من قوله : ولا يجوز الخ مسألتين أشار إلى الأولى بقوله (**فلو أجر**) المالك (**السنة الثانية لمستأجر الأولى قبل انقضائها جاز**) ذلك (**في الأصح**) لاتصال المدّتين مع اتحاد المستأجر كما لو أجر منه السنتين في عقد واحد ، فإن قيل : إن العقد الأوّل قد ينفسخ فلا يتحقق الاتصال . أجيب بأن الشرط ظهوره فلا يقدح عروض الانفساخ . والوجه الثاني لا يجوز كما لو أجرها لغيره وصححه جمع ، واحترز بقوله قبل انقضائها عما لو قال : أجرتكها سنة ، فإذا انقضت فقد أجرتكها سنة أخرى ، فإن العقد الثاني لا يصح كما لو علق بمجيء الشهر .

تنبيه : لو قال المصنف : لمستحق منفعة السنة الأولى لكان أولى لشموله صورتين ذكرهما القفال في فتاويه : **إحداهما** : الموصي له بالمنفعة مدّة يجوز للوارث أن يؤجره مدّة ثانية قبل فراغ المدّة الموصى له بها ، **الثانية** : المعتدة بالأشهر المستحقة للسكنى بدار تصح إجارتها لها قبل فراغ العدّة مدّة مستقبلة ، وإن استؤجرت الدار من المستأجر الأوّل فللمالك أن يؤجرها السنة الأخرى من الثاني ؛ لأنه المستحق الآن للمنفعة لا من الأول كما جزم به صاحب الأنوار ؛ لأنه الآن غير مستحق للمنفعة خلافاً لما أفتى به القفال من ترجيح صحة الإجارة من الأوّل دون الثاني ، ويجوز لمشتري العين المستأجرة أن يؤجرها من المستأجر من البائع السنة الثانية قبل فراغ الأولى لاتحاد المستأجر خلافاً لابن المقري ، وكذا لو أجر الوارث ما أجره مورثه للمستأجر منه لما مرّ هذا كله إذا لم يحصل فصل بين السنتين ، وإلا فلا تصح الثانية قطعاً ، وشمل كلامهم المطلق والوقف إلا إن شرط الواقف

وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الأَصَحِّ ، وهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلاً لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ الطَّرِيقِ أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هٰذَا أَيَّاماً ، وذا أَيَّاماً ويُبَيِّنَ الْبَعْضَيْنِ ، ثُمَّ يَقْتَسِمانِ .

أن لا يؤجر الوقف أكثر من سنة فأجره الناظر سنة في عقد ثم سنة في عقد آخر قبل مضيّ المدّة ، فإن العقد الثاني لا يصح كما أفتى به ابن الصلاح وإن بحث ابن الأستاذ الصحة ، ولو أجر عيناً فأجرها المستأجر لغيره ثم تقايل المؤجر والمستأجر الأوّل صحت الإقالة كما قاله السبكي ولم تنفسخ الثانية كما قاله بعض المتأخرين ، وهو ظاهر ، ويخالف نظيره في البيع بانقطاع علقته بخلاف الإجارة ، ولو أجره حانوتاً أو نحوه مما يستمر الانتفاع به عادة أيام شهر لا لياليه أو عكسه لم يصح ؛ لأن زمان الانتفاع لم يتصل بعضه ببعض بخلاف العبد والدابة فيصح ، لأنهما عند الإطلاق للإجارة يرفهان في الليل أو غيره على العادة ؛ لأنهما لا يطيقان العمل دائماً ، ثم أشار إلى المسألة الثانية بما تضمنه قوله **(ويجوز كراء العقب في الأصح)** المنصوص جمع عقبة بضم العين وهي النوبة ؛ لأن كلاً منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه **(وهو)** أي كراء العقب **(أن يؤجر دابة رجلاً)** مثلاً **(ليركبها بعض الطريق)** يعني كنصفه أو ربعه أو نحو ذلك ، والمؤجر البعض الآخر تناوبا مع عدم شرط البداءة بالمؤجر سواء أشرطاها للمستأجر أم أطلقا أو قالا ليركب أحدنا ، وسواء وردت الإجارة على العين أم الذمة لثبوت الاستحقاق حالاً والتأخير الواقع من ضرورة القسمة . أما إذا اشترطا أن يركبها المؤجر أوّلاً ، فإن العقد باطل في إجارة العين لتأخير حق المكتري وتعلق الإجارة بالمستقبل **(أو)** يؤجرها **(رجلين)** مثلاً **(ليركب هذا أياماً)** معلومة **(وذا أيا)** كذلك تناوبا **(ويبين البعضين)** في الصورتين إن لم يكن عادة . فإن كان هناك عادة مضبوطة بزمان أو مسافة اتبعت **(ثم يقتسمان)** أي المكري والمكتري في الأولى ، والمكتريان في الثانية : الركوب بالتراضي على الوجه المبين أو المعتاد ، فإن تنازعا في الابتداء أقرع ، ومقابل الأصح أوجه أصحها المنع في الصورتين ؛ لأنها إجارة أزمان منقطعة . والثاني : تصح في الصورة الثانية لاتصال زمن الإجارة فيها دون الأولى . والثالث : تصح فيهما إن كانت في الذمة ، ولا تصحّ إن كانت معينة . واعلم أن قضية قوله: أياماً بصيغة الجمع جواز كون النوبة ثلاثة أيام فأكثر ، وهذا قد يخالفه قول الروضة وأصلها : ليس لأحدهما طلب الركوب ثلاثاً والمشي ثلاثاً للمشقة . قال السبكي : والحق أنه يجوز أن يشارطا عليه إلا أن يكون فيه ضرر على البهيمة ، وكلام الروضة محمول على أنه بعد استقرار الأمر على يوم ونحوه ليس له طلب ثلاث . قال الوليّ العراقي : كلام الروضة محمول على ما إذا كانت

فصـــل

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً ،

العادة يوماً اهـ ، فإن اتفقا على ذلك ولم يحصل ضرر للماشي ولا للدابة جاز كما نقله في الثانية في البيان وبحثه بعضهم في الأولى ، والزمان المحسوس في المناوبة زمن السير دون النزول كما قاله المتولي ، حتى لو نزل أحدهما للاستراحة أو لعلف الدابة لم يحسب زمن النزول ؛ لأن نفس الزمان غير مقصود ، وإنما المقصود قطع المسافة ، ولو استأجر اثنان دابة لا تحملهما حمل الاستئجار على التعاقب ، وإن كانت تحملهما ركباها جميعاً ، ولو استأجر دابة ليركبها بعض الطريق متوالياً صح قطعاً ، أو أطلق ، أو استأجر نصفها إلى موضع كذا صحت الإجارة مشاعة كبيع المشاع ، ويقتسمان بالزمان أو المسافة ، فإن تنازعا في البداءة أقرع بينهما كما مرّ .

تنبيه : يضاف إلى ما استثناه المصنف من المسألتين السابقتين مسائل . الأولى : ما لو أجر الشخص نفسه ليحج عن غيره إجارة عين قبل وقت الحج ، فإنه يصح إن لم يتأت تأديته من بلد العقد إلا بالسير قبله ، وكان بحيث يتهيأ للخروج عقبه . الثانية : أنه يصح استئجار دار مثلاً ببلد آخر ، وإن كان التسليم لا يتأتى إلا بقطع المسافة . الثالثة : أنه يصح استئجار دار مشحونة بأمتعة يمكن نقلها في زمن يسير لا يقابل بأجرة . الرابعة : ما سبق من صحة استئجار أرض للزراعة ، وعليها الماء قبل انحساره .

فرع : استئجار ما لا منفعة فيه في الحال كجحش صغير فاسد ؛ لأن الإجارة موضوعة على تعجيل المنافع ، بخلاف المساقاة على ما لا يثمر في تلك السنة ويثمر بعدها ؛ لأن تأخير الثمار يحتمل في كل مساقاة . ثم شرع في الشرط الثالث مترجماً له بفصل ، فقال :

فصل : يشترط

في إجارة عين أو ذمة فيما له منافع كدار (كون المنفعة) في كل منهما (معلومة) عيناً وصفة وقدراً ، ولم يقل : وكون المنفعة معلومة كما قال سابقاً ، وكون المؤجر قادراً على تسليمها لكثرة أبحاث هذا الشرط ، فلا يصح إيجار أحد عبديه ، ولا إجارة الغائب ولا إجارة مدّة غير مقدّرة ، واستثني من ذلك دخول الحمام فإنه جائز بالإجماع كما حكاه في المجموع في باب بيع الغرر مع اختلاف حال الداخلين في المكث واستعمال الماء ، والأصح أن

ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً ، وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ إِلَى مَكَّةَ ، وَكَخِيَاطَةِ ذَا الثَّوْبِ ،

الذي يأخذه الحمامي أجرة الحمام وما يسكب به الماء والإزار وحفظ الثياب. أما الماء فغير مضبوط على الداخل ، والحمامي أجير مشترك لا يضمن على المذهب . وقيل : إن الذي يأخذه ثمن الماء وأجرة الحمام وما يسكب به وحفظ الثياب ، وصححه السبكي تبعاً لابن أبي عصرون . ثم إن لم يكن للعين المعينة سوى منفعة واحدة كالبساط للفرش حمل الإطلاق عليها وإن كان له منافع كالأرض والدابة وجبت البيان كما قال **(ثم تارة تقدّر)** المنفعة **(بزمان)** فقط **(كدار)** أي كإجارة دار وثوب وإناء **(سنة)** معينة متصلة بالعقد فيقول : أجرتك هذه الدار بالسكنى سنة . فإن قال : على أن تسكنها لم يصح كما في البحر ولو أجره شهراً مثلاً ، وأطلق صح وجعل ابتداء المدّة من حينئذ ؛ لأنه المفهوم المتعارف . وإن قال ابن الرفعة : لا بدّ أن يقول من الآن ، ولا تصح إجارة شهر من هذه السنة وبقي فيها أكثر من شهر للإبهام . فإن لم يبق فيها غيره صحّ ، وقوله أجرتك من هذه السنة كل شهر بدرهم أو أجرتك كل شهر منها بدرهم فاسد . لأنه لم يعين فيها مدّة . فإن قال : أجرتك هذه السنة كل شهر بدرهم صح ؛ لأنه أضاف الإجارة إلى جميع السنة بخلافه في الصورة السابقة . ولو قال : أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد فبحسابه صح في الشهر الأوّل . قال في المجموع : وأجمعوا على جواز الإجارة شهراً مع أنه قد يكون ثلاثين يوماً . وقد يكون تسعة وعشرين . قال الزركشي : لكن إذا أجره شهراً معيناً بثلاثين درهماً كل يوم منه بدرهم فجاء الشهر تسعة وعشرين بطل كما لو باع الصبرة بمائة درهم كل صاع بدرهم فخرجت تسعين مثلاً **(وتارة)** تقدر **(بعمل)** أي محله من غير مدّة **(كدابة)** معينة أو موصوفة للركوب **(إلى مكة)** مثلاً **(وكخياطة ذا الثوب)** المعين . لأن هذه المنافع معلومة في أنفسها فلم تفتقر إلى تقدير المدّة .

تنبيه : قد يوهم كلامه تعين التقدير بالعمل في ذلك وليس مراداً : بل يجوز تقديره بالزمان أيضاً فيقول : أجرني هذه الدابة لأركبها إلى موضع كذا أو لأركبها شهراً أو أجرني عبدك ليحفظ لي هذا الثوب أو يخيط لي شهراً . وفي البيان وغيره : من كتب العراقيين المنافع ثلاثة أقسام : قسم لا تقدّر فيه المنفعة إلا بالمدّة كالعقار والرضاع والتطيين والتجصيص ؛ لأن منافع العقار وتقدير اللبن إنما ينضبط بالزمان ، وسمك التطيين والتجصيص لا ينضبط رقة وثخانة . وكما في الاكتحال فإن قدر الدواء لا ينضبط ويختلف بحسب الحاجة وتقدر المداواة بالمدّة لا بالبرء والعمل . فإن برىء قبل تمام المدّة انفسخت

فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ لَمْ يَصِحَّ فِي الأَصَحِّ، وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ ، أَوْ تَعْيِينِ سُوَرٍ ،

الإجارة في الباقي . وقسم لا تقدّر فيه المنفعة إلا بالعمل كبيع الثوب والحج وقبض شيء من فلان . وقسم يجوز فيه الأمران كالدابة والخياطة . هذا في إجارة العين ، فلو قال : ألزمت ذمّتك الخياطة يوماً أو شهراً لم يصح ؛ لأنه لم يعين عاملاً يخيط ولا محلاً للخياطة ، بل يشترط أن يبين الثوب وما يريد به من قميص أو غيره والطول والعرض ، وأن يبين الخياطة أهي رومية أو فارسية إلا أن تطرد عادة بنوع فيحمل المطلق عليه . قال في الرّوضة : الرّومي بغرزتين والفارسي بغرزة ، فلو أعطاه ثوباً ، وقال : إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فنصفه لم يصحّ العقد للإبهام ، فإن خاطه كيف اتفق كان له أجرة المثل .

تنبيه : تارة نصبت على المصدر ، ومعناها الوقت والحين ، والعامل فيه مقدر ويجمع على تارات كساعة وساعات وفسرها الجوهري بالمرّة (فلو جمعهما) أي الزمان والعمل (فاستأجره) أي شخصاً (ليخيطه) أي الثوب (بياض النهار لم يصحّ في الأصحّ) للغرر ؛ فقد يتقدّم العمل أو يتأخر كما لو أسلم في قفيز حنطة بشرط كون وزنه كذا لا يصح لاحتمال أن يزيد أو ينقص ، وبهذا آندفع ما قاله السبكي من أنه لو كان الثوب صغيراً يقطع بفراغه في اليوم فإنه يصحّ ، ومرّ أنه لو قصد التقدير بالعمل وذكر اليوم : أي شرطه للتعجيل فينبغي أن يصحّ . والثاني : يصح إذ المدّة مذكورة للتعجيل فلا تورث الفساد ، وهذا بحث السبكي (ويقدّر تعليم القرآن بمدّة) كشهر كما لو استأجر خياطاً ليخيط له شهراً ، وقيل : لا يجوز لتفاوت السور والآيات في سهولة الحفظ وصعوبته .

تنبيه : قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في ذلك بين الاستئجار لجميع القرآن أو لبعضه ، وليس مراداً بل المراد ما يسمى قرآناً . أما إذا استأجره مدّة لجميعه فإنه لا يصحّ على الأصحّ فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل ، وحينئذ كان ينبغي للمصنف أن يقول تعليم قرآن بالتنكير ،فإن الشافعي رضي الله عنه نصّ في باب التدبير : على أن القرآن بالألف واللام لا يطلق إلا على جميعه ، فإذا قدّر التعليم بمدّة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفتى الغزالي بأن أيام السبوت مستثناة في استئجار اليهودي شهراً لاطراد العرف به . قال البلقيني : ويقاس عليه الأحد للنصارى ، والجمع في حق المسلمين كذلك (أو تعيين سور)

وَفي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ المَوْضِعَ وَالطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالسَّمْكَ وَمَا يُبْنَى بِهِ

أو سورة أو آيات من سورة كذا من أوّلها أو آخرها للتفاوت في ذلك ، ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ، ولا يكفي أن يفتح المصحف ويقول تعلمني من هنا إلى هنا ؛ لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار إليه بسهولة أو صعوبة .

تنبيه : أفهم كلام المصنف أنه لا يشترط أن يبين قراءة نافع ونحوه إذ الأمر فيها قريب ، وقضيته أن يعلمه ما شاء من القراآت . لكن قال الماوردي والرّوياني تفريعاً على ذلك : يعلمه الأغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم ، فإنه يتعين غالب دراهم البلد : أي فإن لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فإن عين له قراءة تعينت فإن أقرأه غيرها لم يستحق أجرة في أحد وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ولا اختبار حفظه وهو نظير ما ذكروه في المسابقة من أنه لا يشترط معرفة حال الفرس . نعم يشترط تعيينه ، فلو وجد ذهنه في الحفظ خارجاً عن عادة أمثاله ثبت له الخيار كما قاله ابن الرفعة ، ولو كان ينسى فهل على الأجير إعادة تعليمه أو لا؟ . المرجع في ذلك إلى العرف الغالب ، فإن لم يكن عرف غالب فالأوجه كما قال شيخنا اعتبار ما دون الآية ، فإذا علمه بعضها فنسيه قبل أن يفرغ من باقيها لزم الأجير إعادة تعليمها ، ولا يشترط تعيين الموضع الذي يقرأ فيه ، ويشترط في المتعلم أن يكون مسلماً أو يرجى إسلامه ، فإن لم يرج لم يعلم كما لا يباع المصحف من الكافر ، وقضية هذا القياس جواز بيع المصحف من الكافر إذا رجي إسلامه وليس مراداً .

فرع : الإجارة للقرآن على القبر مدّة معلومة أو قدراً معلوماً جائزة للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحيّ الحاضر سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل أجر قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن إلى الميت في ذلك ؛ ولأن الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب إلى الإجابة وأكثر بركة ؛ ولأنه إذا جعل أجرة الحاصل بقراءته للميت فهو دعاء بحصول الأجر له فينتفع به ، فقول الشافعي رضي الله تعالى عنه : إن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك **(وفي البناء)** أي الاستئجار له على أرض أو غيرها كسقف **(يبين الموضع)** للجدار **(والطول)** وهو الامتداد من إحدى الزاويتين إلى الأخرى **(والعرض)** وهو ما بين وجهي الجدار **(والسمك)** وهو بفتح السين بخطه : الارتفاع **(و)** يبين أيضاً **(ما يبنى به)**

إنْ قُدِّرَ بِـالْعَمَلِ ، وَإِذَا صَلَحَتِ الأَرْضُ لِبِنَـاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ اشْتُـرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ، وَيَكْفِي تَعْيِينُ الـزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْـرِ مَا يُـزْرَعُ فِي الأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْتَ صَحَّ ، وَكَذَا لَـوْ قَالَ إنْ شِئْتَ فَـازْرَعْ وَإِنْ شِئْتَ فَاغْرِسْ فِي الأَصَحِّ ،

الجـدار من طين ولبن أو آجر أو غيـره **(إن قدر بـالعمل)** لاختـلاف الأغراض بـه ، فإن قـدر بالزمان والبناء على الأرض لم يحتج إلى بيان شيء من ذلـك . نعم يحتاج إلى بيـان ما يبنى به كما قاله العمراني لاختلاف الغرض ، ومحلّ هـذا وما ذكـره المصنف إذا لم يكن ما يبنى به حاضراً ، وإلا فمشاهدته تغني عن تبيينه ، ويبين في النساخة عدد الأوراق وأسطر الصفحة وقدر القطع والحواشي ، ويجوز التقدير فيها بالمدّة ، ويبين في الرعي المدّة وجنس الحيوان ونوعه ، ويجوز العقد على قطيع معين وعلى قـطيع في الـذمة ولـو لم يبين فيه العـدد اكتفى بالعرف كما قاله ابن الصباغ وجرى عليه ابن المقري ، ويبين في الاستئجار لضرب اللبن إذا قدر بالعمل العدد والقـالب بفتح الـلام طولاً وعـرضاً وسمكـاً إن لم يكن معروفـاً وإلا ، فلا حاجة إلى التبيين وإن قـدر بالـزمان لم يحتـج إلى ذكر العـدد كما صرّح به العمـراني وغيره **(وإذا صلحت الأرض)** بضم اللام وفتحها **(لبناء وزراعة وغـراس)** أو لاثنين من هذه الثـلاثة **(اشتـراط تعيين المنفعـة)** في الصـورتين لاختـلاف الضـرر الـلاحق بـاختـلاف منـافـع هـذه الجهات ، فإن أطلق لم يصحّ . أما إذا لم تصلح إلا لجهـة واحدة فـإنه يكفي الإطـلاق فيها كأراضي الأحكار فإنه يغلب فيهـا البناء ، وبعض البسـاتين فإنـه يغلب فيه الغـراس **(ويكفي)** في أرض استؤجرت لزرع **(تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع)** فيها كقوله أجـرتكها للزراعـة أو لتزرعها فيصـح **(في الأصح)** لقلة التفـاوت بين أنواع الـزرع ويزرع مـا شاء لـلإطلاق . قـال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقـل الدرجـات ، وما بحثـه حكاه الخـوارزمي وجهاً . والثـاني : لا يكفي ؛ لأن ضرر الـزرع مختلف ، ويجري في قـوله لتبنى أو لتغـرس لتفاوت الاختلاف في ذلك وإن توقف فيه السبكي . نعم إن أجر على غيره بـولاية أو نيـابة لم يكف الإطلاق لوجوب الاحتياط قاله السبكي وغيـره في مسألـة المتن وغيرهـا كذلـك **(ولو قـال : لتنتفع بها بما شئت صحّ)** في الأصح ويصنع ما شاء لـرضاه بـه لكن يشترط عـدم الإضرار . قال ابن الصلاح : في فتاويه فعليه أن يريح المأجور ما جرت به العادة كما في إراحة الدابـة **(وكذا)** يصح **(لو قال)** لـه : **(إن شئت فازرع)** أي الأرض **(وإن شئت فـاغرس في الأصـح)** ويتخير بينهما ؛ لأنـه رضي بالغـراس والزرع أهـون . والثـاني : لا يصـح لـلإبهـام . قـال

وَيُشْتَرَطُ في إِجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامّ ، وَقِيلَ لَا يَكْفِي الْوَصْفُ ، وَكَذَا الحُكْمُ فِيمَا يَرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كانَ لَـهُ ،

السبكي : لا بدّ في تصوير هذه المسألة من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فآزرع ما شئت أو اغرس ما شئت ، فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع اهـ وهذا ظاهر مما تقدّم ، ولو قال : أجرتكها لتزرع أو تغرس أو فازرع واغرس ولم يبين القدر أو لتزرع نصفاً وتغرس نصفاً ، ولم يخص كل نصف بنوع لم يصح العقد في الثلاثة للإبهام ؛ لأنه في الأولى جعل له أحدهما لا بعينه حتى لو قال ذلك على معنى أنه يفعل أيهما شاء صح كما نقل عن التقريب فتكون كالمسألة المتقدّمة ، وفي الثانية لم يبين كم يزرع وكم يغرس ، وفي الثالثة لم يبين المغروس والمزروع فصار كقوله بعتك أحد هذين العبدين بألف والآخر بخمسمائة (**ويشترط في إجارة دابة لركوب**) إجارة عين أو ذمة (**معرفة الراكب بمشاهدته**) له (**أو وصف تام**) لجثته لينتفي الغرر .

تنبيه : لم يبين المراد بالوصف التام ، فقيل بأن يصفه بالضخامة أو الثخانة ليعرف وزنه تخميناً ، وقيل : يصفه بالوزن ولم يرجحا شيئاً ، والأرجح الأوّل كما رجحه الحاوي الصغير (**وقيل : لا يكفي الوصف**) فيه وتتعين المشاهدة ؛ لأن الخبر ليس كالمعاينة كما ورد به الخبر (**وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل**) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية (**وغيره**) من نحو زاملة (**إن كان له**) أي المكتري وذكر في الإجارة ولم يطرد فيه عرف ، فإنه يشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، واحترز بقوله إن كان له عما إذا كان الراكب مجرّداً ليس له ما يركب عليه فإنه لا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ويركبه المؤجر على ما شاء من نحو سرج على ما يليق بالدابة ، فإن اطرد فيه عرف فلا حاجة إلى ذكره ، ويحمل على المعهود ، وبهذا سقط قول الأذرعي يطلب الجمع بين هذا وبين قولهم بعد ذلك إن الأصح في السرج آتباع العرف .

تنبيه : ما ذكره المصنف لا يختص بما يركب عليه ، بل لو كان معه نحو زاملة كان الحكم كذلك ، وقد صرّح به في المحرّر فلا وجه لإهمال المصنف له ، ويشترط رؤية الوطاء ، وهو الذي يفرش في المحمل ليجلس عليه أو وصفه ، والغطاء الذي يستظلّ به ويتوقى به من المطر ، وقد لا يكون فيحتاج إلى شرطه ، ويشترط رؤيته أو وصفه إلا إذا اطرد به عرف فيكفي الإطلاق ويحمل على العرف ويأتي مثله في الوطاء كما صرّح به العمراني

وَلَوْ شَـرَطَ حَمْلَ المَعَـالِيقِ مُطْلَقـاً فَسَدَ الْعَقْـدُ في الأَصَـحِّ، وَإِنْ لَمْ يَشْـرِطْـهُ لَمْ يُسْتَحقَّ، وَيُشْتَـرَطُ في إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الـدَّابَّةِ،وَفي اشْتِـرَاطِ رُؤْيَتِهَا الخِـلَافُ في بَيْعِ الْغَائِبِ، وَفي إِجَارَةِ الذِّمَّـةِ ذِكْرُ الجِنْسِ وَالنَّـوْعِ وَالذُّكُـورَةِ أَوِ الأُنُوثَـةِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَـدْرِ السَّيْرِ كُـلَّ يَوْمٍ

وغيره ، فإن كان للمحمل طرف فكالغطاء (ولو شرط) في الإجارة (حمل المعاليق) جمع معلوق بضم الميم ، وهو ما يعلق على البعير كسفرة وقدر وقصعة (مطلقاً) أي من غير رؤية ولا وصف (فسد العقد في الأصحّ) ؛ لاختلاف الناس فيها فربما قلت وربما كثرت . والثاني يصحّ ويحمل على الوسط المعتاد .

تنبيه : محل الخلاف في المعاليق إذا كانت فارغة ، فإن كان فيها ماء أو طعام فكسائر المحمولات (وإن لم يشرطه) أي حمل المعاليق (لم يستحق) بالبناء للمفعول حملها في الأصحّ لاختلاف الناس فيه . وقيل : يستحق ، لأن العادة تقتضيه قال الإمام : والمعاليق تختلف باختلاف المركوب ، فمعاليق الحمار دون معاليق البعير .

تنبيه : محلّ الخلاف في دابة يحمل عليها ذلك . أما إذا استأجر دابة بسرج فإنه لا يستحق حملها قطعاً (ويشترط في إجارة) الدابة إجارة (العين) لركوب (تعيين الدابة) ، فلا يصحّ أن يؤجره إحدى هاتين الدابتين للإبهام (وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب) والأظهر الاشتراط .

تنبيه : لم يحترز بالتعيين عن الوصف في الذمّة ؛ لأن إجارة العين لا تكون في الذمّة بل أراد بالتعيين مقابل الإبهام لتخرج الصورة المتقدّمة ، ولا يشترط معرفة الذكورة والأنوثة خلافاً للزركشي ؛ لأن المشاهدة كافية (و) يشترط (في إجارة الذمة) لركوب دابة (ذكر الجنس) لها كالإبل والخيل (والنوع) كبخاتي وعراب (والذكورة أو الأنوثة) لاختلاف الأغراض بذلك ، فإن الأنثى أسهل سيراً والذكر أقوى ، ولا بدّ من ذكر صفة السير كبحر أو قطوف أو مهملج ؛ لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير . والبحر : الواسع المشي . والقطوف بفتح القاف : البطيء السير ، والمهملج بكسر اللام : حسن السير في سرعة (ويشترط فيهما) أي إجارتي العين والذمّة للركوب (بيان قدر السير كل يوم) ، إن كان قدراً تطيقه الدابة غالباً ، وهو يختلف بآختلاف الطرق سهولة وصعوبة ، وبالأوقات كزمن وحل أو

إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ فَيُنَزَّلُ عَلَيْهَا ، وَيَجِبُ فِي الإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ المَحْمُولَ، فَإِنْ حَضَرَ رَآهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ، وَإِنْ غَابَ قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ ، وَجِنْسَهُ لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ ، وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ

ثلج أو مطر ، ويشترط أيضاً فيهما بيان وقت السير أهو الليل أو النهار والنزول في القرى أو الصحراء (**إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة فينزل**) قدر السير عند الإطلاق (**عليها**) ، فإن شرط شيء مما ذكر اتبع ، فإن زاد في يوم على المشروط أو نقص عنه فلا يجبران من اليوم الثاني بزيادة أو نقص بل يسيران على الشرط ، ولو أراد أحدهما زيادة أو نقصاً لخوف أجيب إن غلب على الظنّ الضرر به أو لغصب أو لخوف ولم يغلب على الظنّ الضرر به فلا يجاب (**ويجب في الإيجار للحمل**) إجارة عين أو ذمّة (**أن يعرف**) مؤجر الدابة (**المحمول**) ، لاختلاف تأثيره وضرره (**فإن حضر رآه**) إن لم يكن في ظرف (**وامتحنه بيده إن كان في ظرف**) تخميناً لوزنه ، فإن لم يمكن آمتحانه باليد كفت الرؤية ، ولا يشترط الوزن في الحالين .

تنبيه : قوله : إن كان في ظرف يوهم أن ما يستغني عن الظرف كالأحجار والأخشاب لا يمتحن باليد وليس مراداً فلو قال : وامتحنه بيده إن أمكن لكان أولى (**وإن غاب**) المحمول (**قدّر بكيل**) في مكيل (**أو وزن**) في موزون أو مكيل ، فإن الوزن في كل شيء أولى وأحصر (**و**) أن يعرف (**جنسه**) أي المحمول الغائب لاختلاف تأثيره في الدابة كما في الحديد والقطن ، فإن الحديد يثقل في محلّ أقلّ من القطن والقطن يعمها ويتثاقل بالرّيح ، فلو قال : مائة رطل مما شئت صحّ ، بل وبدون مما شئت كما نقله الإمام عن قطع الأصحاب ويكون رضا منه بأضرّ الأجناس . هذا في التقدير بالوزن فإنه يغني عن ذكر الجنس . أما إذا قدّر بالكيل ، فلا يغني قوله عشرة أقفزة مما شئت عن ذكر الجنس لكثرة الاختلاف في الكيل وقلته في الوزن ، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة ، ويحسب من المائة الظرف إن ذكره كقوله : مائة رطل حنطة بظرفها . قال قال : مائة رطل حنطة أو مائة قفيز حنطة لم يحسب الظرف فيشترط حينئذ معرفته إن كان يختلف ، فإن كان هناك غرائر متماثلة اطرد العرف باستعمالها حمل مطلق العقد عليها . فإن قال لتحمل عليها ما شئت لم يصح للإضرار بها بخلاف إجارة الأرض لزرعها ما شاء ؛ لأن الدابة لا تطيق كل ما تحمل (**لا جنس الدابة و**) لا (**صفتها**) فلا تجب معرفتها في إجارة دابة لحمل (**إن كانت إجارة ذمّة**)

إلاَّ أَنْ يَكُونَ المَحْمُولُ زُجَاجاً وَنَحْوَه .

فصــل

لاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَـادٍ وَلاَ عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَـا نِيَّةٌ إِلاَّ حَـجٌّ وَتَفْـرِقَـةُ زَكَـاةٍ ، وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِـهِ ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ،

بخلاف ما مر فيها في الركوب ؛ لأن المقصود هنا تحصيل المتاع في الموضع المشـروط فلا يختلف الغـرض باختـلاف حامله **(إلا أن يكـون المحمول زجـاجاً)** بتثليث الـزاي **(ونحـوه)** كخزف ، فلا بدّ من معرفة حال الدابة في ذلك صيانة له ، وفي معنى ذلك كما قـال القاضي حسين أن يكون في الطريق وحل أو طين . أما إجارة عين دابة لحمل فيشترط رؤيتها وتعيينها كما في إجارة العين للركوب .

فصــل

في الاستئجـار للقـرب ، وفيـه إشـارة إلى الشـرط الـرابـع ، وهـو حصــول المنفعـة للمستأجر . والقرب على قسمين : ما يحتاج إلى نية ، ومـا لا يحتاج ، والقسم الثـاني : إن كـان فرض كفـاية ، فـإما أن يكـون شائعـاً في الأصل أولا ، وقـد شرع فيمـا هو شـائع في الأصل ، فقال **(لا تصح)** من إمام وغيره **(إجارة مسلم)** ولو عبداً **(لجهـاد)** ؛ لأنه يقـع عنه ؛ ولأنه إذا حضر الصفّ تعين عليـه ، واحترز بـالمسلم عن الذميّ ، وهـو صحيح بـالنسبة إلى الإمام ، أما الآحاد فيمتنع على الأصح كما ذكره في كتاب السير . ثم شرع فيمـا يحتاج إلى نية ، فقال : **(ولا عبـادة)** أي لا تصح إجـارته لعبـادة **(تجب لها نيـة)** كالصـلاة والصوم ، إذ القصد منها امتحـان المكلف بكسر نفسـه بفعلها ، ولا يقـوم الأجير مقـامه في ذلـك ، وهل يستحقّ الأجير أجرة ما عمل ؟ لم يصرّحوا به ، لكن قضية قولهم في النفقات : إن كل ما لا يصـح الاستئجـار عليـه لا يستحق فـاعله أجـرة للعمـل وإن عمـل طـامعـاً في الأجـرة عـدم الاستحقاق **(إلا)** الاستئجار لقـربة من **(حـجّ)** أو عمرة وركعتي طـواف تبعاً لهمـا عن ميت أو عاجز كما مرّ في كتابه **(وتفرقة زكاة)** وصوم عن ميت وذبح هدى وأضحيـة ونحوهـا فيجوز . وضابط هذا : أن كل ما تدخله النيابة من العبادة يجوز الاستئجار عليه وما لا فـلا . ثم شرع فيما هو فرض كفايـة غير شـائع في الأصـل ، فقال **(وتصـح)** الإجارة **(لتجهيـز ميت)** كغسله وتكفينه ، **(ودفنه وتعليم القرآن)** أو بعضه ونحو ذلك مما هو فرض كفاية ، وليس بشائـع في الأصل وإن تعين على الأجير في الأصح . قال الـرافعي : لأنه غيـر مقصود بفعله حتى يقـع

وَلِحَضَـانَةٍ وَإِرْضَـاعٍ مَعاً ، وَلِأَحَدِهِمَـا فَقَطْ ،

عنه ، ولا يضرّ عروض تعينه عليه كالمضطر فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البدل . وروى البخاري خبر «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللَّهِ» . ومعنى عدم شيوع فرض الكفاية في الأصل في تجهيز الميت أن تجهيز الميت يختصّ بالتركة ، ثم بمال من تلزمه نفقته ، فإن لم يكن فعلى أغنياء المسلمين القيام بها ، وفي تعليم القرآن أن التعليم بالمؤن يختصّ بمال المتعلم ثم بمال من تلزمه نفقته ، فإن لم يكن فعلى أغنياء المسلمين القيام بها .

تنبيه : احتجّ بعضهم على جواز أخذ الأجرة على فرض الكفاية بعامل الصدقة ، فإنها أجرة على الأصح ، وذكر الدفن بعد التجهيز من ذكر الخاص بعد العام لدخوله فيه كما يعلم مما قدّرته ، ولا تكرار في ذكر التعليم ؛ لأنه هنا من حيث إنه عبادة ، وفيما مرّ من حيث التقدير ، وقد مرّ عن النصّ أن القرآن بالتعريف لا يطلق إلا على جميعه ، وحينئذ فكان ينبغي تنكيره فإن بعضه كذلك كما قدّرته في كلامه ، وتقييده التعليم بالقرآن قد يفهم امتناع الاستئجار لتدريس العلم وهو كذلك . نعم إن عين أشخاصاً ومسائل مضبوطة يعلمها لهم جاز وإن تعين على الأجير كنظيره فيما مرّ . وينبغي كما قال شيخنا : أن يأتي مثله في الاستئجار للقضاء ، ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالأذان كما مرّ في بابه مع زيادة ، والأجرة تؤخذ عليه بجميع صفاته ، ولا يبعد استحقاقها على ذكر الله تعالى كتعليم القرآن لا على رفع الصوت ، ولا على رعاية الوقت ، ولا على الحيعلتين كما قيل بكل منهما ، ولا يصح الاستئجار للإمامة ولو نافلة : كالتراويح ؛ لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير ، ويصح الاستئجار للمباحات كالاصطياد كما جزم به الإمام ، ويصح استئجار بيت ليتخذه مسجداً يصلي فيه . وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة . أما إذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصح بلا خلاف . والشرط الخامس في المنفعة أن لا يتضمن عقد الإجارة استيفاء عين قصداً ، فاستئجار البستان لثمرته والشاة لصوفها أو نتاجها أو لبنها لا يصح ؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة قصداً بخلاف ما إذا تضمن استيفاءها تبعاً للضرورة أو حاجة كما يشير إليه قوله (و) تصح الإجارة ولو من زوج كما سبق (**لحضانة**) أي حضانة آمرأة لولد (**وإرضاع**) له (**معاً**) نصب على الحال للحاجة إليهما (**ولأحدهما فقط**) أما الحضانة ، فلأنها نوع خدمة ، وهي نوعان : صغرى وكبرى ، وسيأتي بيانهما . وأما الإرضاع فلقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ الآية ، وإذا جاز الاستئجار على الإرضاع وحده ، فله مع الحضانة أولى . فالحاجة داعية إلى ذلك . ومرّ أن الاستئجار

وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ، والحَضَانَةُ حِفْظُ صَبيّ وتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وبَدَنِهِ وثِيَابِهِ ودَهْنِهِ وكَحْلِهِ ورَبْطِهِ في المَهْدِ وتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا ،

على الإرضاع يقدّر بالمدّة فقط . ويجب تعيين الرضيع . قال في البحر : وإنما يعرف بالمشاهدة : أي أو بالوصف كما يؤخذ من كلام الحاوي لاختلاف شربه باختلاف سنه وتعيين موضع الإرضاع أهو بيته أو بيتها ، لأنه في بيته أشدّ توثقاً به ، وفي بيتها أسهل عليها . قال الرّافعي : وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب كل ما يكثر به اللبن ، وللمكتري تكليفها بذلك . وقال ابن الرّفعة : الذي قاله الماوردي : أي والصيمري والرّوياني : إن له منعها من أكل ما يضرّ بلبنها اهـ وهذا أظهر ، ويوافقه قولهم في النفقات : للزوج منع زوجته من تناول ما يضرّ بها ، وإذا لم يقبل الرضيع ثديها ففي انفساخ الإجارة وجهان في تعليق القاضي . وينبغي عدم الانفساخ وثبوت الخيار ، ففي الحاوي والبحر أن الطفل ، إذا لم يشرب لبنها لقلة في اللبن فهو عيب يثبت للمستأجر الفسخ ، ولو سقته لبن غيرها استحقت الأجرة إن كانت إجارة ذمة وإلا فلا .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف صحة الاستئجار على إرضاع اللبأ وهو كذلك وإن كان إرضاعه واجباً على الأمّ كما يعلم من باب النفقات خلافاً للزركشي . ويشترط في الإجارة للرّضاع بلوغ المرضعة تسع سنين كما في البيان ، وخرج بالمرأة البهيمة كاستئجار الشاة لإرضاع سخلة أو طفل فلا يصح لعدم الحاجة كما صرّح به في الروضة في الأولى والبلقيني في الثانية قال بخلاف استئجار المرأة لإرضاع السخلة فالظاهر صحته **(والأصحّ أنه لا يستتبع أحدهما الآخر)** في الإجارة ؛ لأنهما منفعتان يجوز إفراد كل منهما بالعقد فأشبه سائر المنافع . والثاني : نعم للعادة بتلازمهما . ثم شرع في بيان الحضانة ، فقال **(والحضانة)** الكبرى **(حفظ صبيّ)** أي جنسه الصادق بالذكر والأنثى **(وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه)** وتطهيره من النجاسات **(ودهنه)** بفتح الدال اسم للفعل . وأما بالضم ففي الرّوضة كأصلها أنه على الأب ، فإن جرى عرف البلد بخلافه فوجهان اهـ والظاهر منهما اتباع العرف **(وكحله)** وإضجاعه **(وربطه في المهد)** وهو سرير الرّضيع **(وتحريكه)** على العادة **(لينام ونحوها)** مما يحتاج إليه الرّضيع لاقتضاء اسم الحضانة عرفاً لذلك ولحاجة الرّضيع إليها ، واشتقاقها من الحضن بكسر الحاء . وهو ما تحت الإبط وما يليه ؛ لأن الحاضنة تجعل الولد هنالك . والإرضاع ويسمى الحضانة الصغرى : أن تلقمه بعد وضعه في حجرها مثلاً الثدي

وَلَوْ اسْتَـأْجَرَ لَهُمَا فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ

وتعصره عند الحاجة[1] .

تنبيـه : إذا استأجر للحضانة والإرضاع ، فالأصح أن المعقود عليه كلاهمـا ؛ لأنهما مقصودان ، وقيل : اللبن والحضانة تابعة ، وقيل عكسه ، وإذا استأجر للرّضاع فقط فالأصح أن المعقـود عليه الحضـانة الصغـرى واللبن تابـع لقولـه تعالى ﴿فَـإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـآتُـوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ علق الأجرة بفعل الإرضاع لا باللبن ، ولأن الإجارة موضوعـة للمنافـع كما مـرّ ، وإنمـا الأعيان تبـع للضرورة **(ولـو استأجـر لهما)** أي الحضـانة والإرضـاع **(فانقـطع اللبن ،**

---

(١) ذهب الحنفية إلى أن الحضانة إذا كانت للأم أو للإناث مطلقاً ، فلا يشترط فيها اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل إلى أن يعقل الأديان إلا إذا خيف عليه أن يألف الكفر ، أما إذا كانت الحضانـة للعصبة من الـرجال المحارم فيشترط لأهلية العاصب للحضانة اتحاد الدين ، أما إذا انتقل حق الحضانة إلى المحارم من الأقارب غير العصبة فالظاهر أنه لا يشترط اتحاد الدين .

وذهبت المالكية : إلى أنه لا يشترط إسلام الحاضن فالذمية إذا طلقت أو المجوسيـة يسلم زوجها ، وتأبى الإسلام فتقع الفرقة لكل منهما حضانة الصغير كـالأم المسلمة ، متى كـانت الذميـة والمجوسيـة في حرز ، وتمتنع أن تغذي أولادها بخمر أو خنزير ، أما إن خيف فعلها ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين ، ولا ينزع الطفل منها إلا إذا بلغ .

وذهبت الشافعية والحنابلة وابن القيم إلى أنه يشترط لحضانة الصغير المسلم اتحاد دين الحاضن معه، فلا حضانة عندهم لكافرة أو كافر عليه .

وذهب ابن حزم من الظاهرية إلى أنه لا يشترط اتحاد دين الحاضن مـع دين الصغير مـدة الرضـاع ، ويشترط بعدها ، فإذا ما بلغ الصغير أو الصغيرة سن الاستغناء ، وبلغ مبلغ الفهم سقطت حضانة المخالف له في الدين .

تلك مذاهب الفقهاء في المسألة تفصيلاً يمكن ردها إلى قولين إجمالاً : قول بالجواز ، وقول بالمنـع ، ونورد الأدلة لكل قول .

أدلة القائل بالجواز :

أولاً : ما روى أحمد وأبو داود والنسائي في سننه من حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جـده رافع بن سنان أنـه أسلم ، وأبت امرأتـه أن تسلم فأتت النبي ـ ﷺ ـ فقـالت : ابنتي فطيم أو شبهـه ، وقال رافع : ابنتي فقال النبي ـ ﷺ ـ : اقعد ناحية ، وقال لها : اقعدي نـاحية ، وقـال لهما : ادعـواها فمـالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي ﷺ : «اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها» .

دل الحديث على أن الرسول عليه السلام خير الأب المسلم والأم الكافرة في بنتهما الصغيرة ، وكان المراد من ذلك حضانتها ، وهذا التخيير دليل شرعية حق الأم في الحضانة ، وإن كانت كافرة ، إذ لـو كان كفرها مانعاً لها لما خيرها الرسول ، فكان هذا دليلاً على عدم تأثر الحضانة باختلاف الدين .

ونوقش :

بأن الخبر ضعيف عند أصحاب الحديث فقد ضعف راويه إمام العلل يحيى بن القطان ، وكان سفيان الثوري يحمل عليه ، وضعفه ابن المنذر ، وفضلاً عن هذا فالقصة مضطربة ففي بعض الروايات أن المخيرة =

فَالمَذْهَبُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الإِرْضَاعِ دُونَ الحَضَانَةِ ،

فالمذهب انفساخ العقد في الإرضاع) ويسقط قسطه من الأجرة **(دون الحضانة)** فلا ينفسخ العقد فيها بناء على الرّاجح من خلاف تفريق الصفقة ، ولو أتى باللبن من محل آخر ولم يتضرر الولد جاز ، ويصح استئجار القناة وهي الجدول المحفور للزراعة بمائها الجاري إليها من النهر للحاجة لا استئجار قرارها دون الماء بأن استأجرها ليكون أحقّ بمائها الذي يتحصل فيها بالمطر والثلج في المستقبل ؛ لأنه استئجار لمنفعة مستقبلة ، بخلاف ما لو استأجرها ليجري فيها الماء أو ليحبس الماء فيها حتى يجتمع فيها السمك ، ويصح استئجار البئر للاستقاء من مائها للحاجة لا استئجار الفحل للضراب كما مرّ في باب البيوع المنهيّ عنها

= كانت بنتاً ، وفي بعضها كان المخير ابناً ،وقال ابن المنذر: في إسناد الحديث مقال ، وروي على غير هذا الوجه ، ولا يثبته أهل النقل . وقال ابن حزم في المحلى بعد سياقه للحديث : «قلنا : هذا خبر لم يصح قط ؛ لأن الرواة له اختلفوا فقال عثمان البتي : عبد الحميد الأنصاري عن أبيه عن جده ، وقال مرة أخرى : عبد الحميد بن يزيد بن سلمة عن أبيه عن جده . وقال عيسى : عبد الحميد بن جعفر أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان وكل هؤلاء مجهولون .

وقال الماوردي في الحاوي الكبير : ولو صح لكان الجواب عنه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن المقصود بالتخيير ظهور المعجزة باستجابة دعوته .

الثاني : أن الطفل كان ـ فطيماً ومثله لا يخير ـ .

الثالث : أنه عليه السلام دعا بهدايتها إلى مستحق كفالتها ، وهو الأب لثبوت إسلامها بإسلام أبيها، فلو كان للأم حق لأقرها عليه ، ولما دعا بالهداية .

وقال ابن المنذر يحتمل أن النبي عليه السلام علم أن الطفلة تختار أباها بدعوته ، فكان ذلك خاصاً في حقها ، فلم يكن التخيير لإثبات حق الأم في الحضانة مع اختلاف دينها .

واستدلوا ثانياً :

بأن شرعية الحضانة لأمرين هما الرضاع وخدمة الرضيع ، والأم أوفر شفقة على ولدها ، وأقدر على ملاحظته من غيرها . ثم هي تدين بدين به تكون مأمونة عليه ، فلم يكن كفرها مانعاً من حضانتها .

ونوقش : بأن الأم إذا كانت كافرة لا تؤمن على عقيدة الطفل وإن كانت مأمونة على حياته ؛ وهذا لأنها تعلمه الكفر وتفتنه في دينه إن ترك إليها ، وفي ذلك ضرر بليغ منعت لأجله حضانتها .

واستدل مَن قال بجواز حضانة الأم أو الجدة أو الأخت فقط إذا كن كافرات ، وهم الحنفية .

بأن الشفقة الباعثة على قيام الأم بشؤون ابنها والأخت بشؤون أخيها لا تأثير لاختلاف الدين فيها ؛ لكونها أمراً طبيعياً في الإناث . فكان كفرهن غير مانع من حضانتهن للولد المسلم ، ولهذا قالوا : إذا ظهر أن في الحضانة خطراً على الطفل ينزع منها ، ويسقط حقها في الحضانة ، وعند أمن الضرر وذلك مدة عدم عقله الأديان يبقى معها إلى أن يعقل .

فإذا ما انتقلت الحضانة من الإناث إلى العصبة قال الحنفية بشرطية اتحاد الدين ؛ لأن الحضانة للرجال الذين هم عصبة يعتمد التوارث ، ولا توارث بين مختلفي الدين . =

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ جَبْرٌ

(والأصحّ) وعبر في المحرّر بالمشهور ، وفي الرّوضة كأصلها بالمذهب (أنه لا يجب جبر)

=

ثم إذا انتقلت الحضانة من الرجال الذين هم عصبة إلى المحارم غير العصبات يسقط هذا الشرط ؛ لأن علة الاستحقاق هي القرابة المحرمة ، وهي غير متأثرة باختلاف الدين .

واستدل القائلون بمنع الحضانة عند اختلاف الدين ؛

أولاً : بما رواه النسائي في حديث التخيير المتقدم ، ووجهوا دلالة الحديث لمذهبهم . بأن دعاء الرسول للصغير بالهداية حين اختار أمه الكافرة دليل على أن اختياره كان على خلاف هدى الله الذي أراده لعباده ، فلو كان للأم حق لترك الأمر على ما كان ، لكن إبطال الرسول اختياره بدعائه دليل عدم استحقاق الأم في الحضانة إذا خالفت الرضيع في دينه .

ونوقش : بأن ذلك التخيير لا يخلو عن تشريع ، إذ لو كان خالياً منه لما خيرهما الرسول ، وإذا كان هناك تشريع فلا شيء سوى كون الأم لها حق في الحضانة عند كفرها .

وأجيب : بأن ذلك التخيير قد يكون من باب التشريع للأمة ، ولبيان أن الأم الكافرة لا حق لها في حضانة طفلها المسلم ، وإن وجد ميل من الصغير إلى أمه .

واستدلوا ثانياً : بأن الحضانة من أقوى أسباب الولاية فلا تثبت للأم الكافرة على ولدها عندما يكون مسلماً ؛ لأن الله قطع الموالاة بين المسلم والكافر ؛ ولهذا لا تثبت ولاية مال أو نكاح لأب كافر على ابن مسلم ، ثم الكافر فوق الكافر ، والفسق مانع للأم من حضانتها . فأولى إذاكانت كافرة إذ يعظم الضرر، ويشتد الخطر .

واستدلوا ثالثاً : أن في حضانة الكافرة للطفل المسلم إلحاق ضرر للطفل في دينه ؛ لأنها حريصة على تنشئته على دينها ليكون إلى جانبها دائماً ، ثم عند كبره يصعب عليه التحول عن الدين الذي عرفه وليداً ، وتربى على تقاليده يافعاً ، وكيف يرجى تحوله إلى الإسلام وقد انتقش دين أمه في عقله ورسخ في صدره ؟! وهذا وايم الله في غاية البعد ، من أجل هذا كان كفر المرأة مانعاً لها من حضانتها لولدها المسالم ؛ لأن هذا هو الأنظر للصغير .

ونوقش : بأن المذكور في الدليل أمور محتملة الوقوع وعدمه ، فأما الشفقة التي طبعت عليها الأم الباعثة على النظر في جميع الأحوال فهي محققة ، ولا يعارض المحتمل محققاً .

وأجيب : بأن الأمور المذكورة وإن كانت محتملة إلا أنها راجحة فقاربت المحقق وأشبهته ، والشفقة في جهة وحرص الأم على أن يكون ولدها على دينها وإلى جانبها في جهة أخرى ، ومع ذلك فهي ترى أن الأخير باب من أبواب الشفقة . ثم إذا كان هلاك الدين أعظم من هلاك البدن ، والحيطة فيه مطلوبة كان جانب الدين أولى بالنظر من غيره إقامة للمعنى الذي شرعت لأجله الحضانة .

واستدل ابن حزم :

بقوله تعالى : ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ .

وجه الدلالة : أن الله تعالى يقرر أحقية ذي الرحم برحمه من غير نظر لدينه ، وكان مقتضى الآية أن يكون ذلك على عمومه بمعنى أن الأم الكافرة تكون أحق بولدها في الحضانة إلى انتهاء مدتها ، وهي بلوغ الطفل مبلغ الاستغناء ، لكن لما ورد قوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ كانت تلك المدة هي مدة الرضاع ، ومدة الحضانة الضرورية عندما يختلف الدين بين الحاضن والمحضون ؛ إذ لا ضرر يحدث في هذه السن ويقع على الصغير لعدم فهمه وعقله لشيء .

=

وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى ورَّاقٍ وخَيَّـاطٍ وكَحَّالٍ. قُلْتُ: صَحَّـحَ الـرَّافِعِيُّ في الشَّـرْحِ الرُّجُـوعَ فِيهِ إِلَى الْعَـادَةِ ، فَإِنِ اضْـطَرَبَتْ وجَبَ الْبَيَانُ وَإِلاَّ فَتَبْـطُلُ الإِجَـارَةُ ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

بكسر الحاء اسم للمداد (و) لا (خيط و) لا (كحل) ولا ذرور ولا صبغ ولا طلع نخل (على ورّاق) أي ناسخ ، وفي الصحاح إنه الذي يورق ويكتب . أما بياع الورق فيقال لـه كاغـدي (و) لا على (خياط و) لا (كحال) وصباغ وملقح في استئجارهم لذلـك اقتصاراً على مـدلول اللفظ ، والأعيـان لا تستحق بالإجـارة ، وأمر اللبن على خـلاف القيـاس للضـرورة (قلت : صحح الرّافعي في الشـرح الرّجـوع فيه) أي المـذكور (إلى العـادة) للناس ، إذ لا ضبط في الشرع ولا في اللغة ، ولم يعبر الرّافعي بالأصحّ بل بالأشبه . ثم قال (فـإن اضطربت) أو لم يكن عـادة كمـا فهم بـالأولى (وجب البيـان ، وإلا) أي وإن لم يبين (فتبـطل) أي لم تنعقـد (الإجارة ، والله أعلم) لأن اللفظ عند تردّد العادة وعدم التقييد يلتحق بالمجملات .

تنبيـه : قضية كلام الإمام أن التردّد في ذلك إذا كان العقد على الذمّة ، فإن كان على العين لم يجب غير نفس العمل ، وهـذا هو الـظاهر ، ولا يؤخـذ من كلام المتن تـرجيح في هذه المسألة ، بل فائدته أنه نقل اختلاف ترجيح الرافعي في المحرّر والشرح : اللهم إلا أن يقـال : إن إيراد كـلام الشرح على جهـة الاستدراك يشعـر بترجيحـه بدليـل أنه لمـا ذكر في الرّوضة تصحيحه لم يتعقبه بمـا في المحرّر ، وقـد يقال بتـرجيح مـا في المحرّر ؛ لأنـه لما استـدرك عليه بمـا في الشرح لم يـرجحه ، والأوجـه الأوّل ، وإذا أوجبنا الحبـر ونحوه على الورّاق ونحوه لم يجب تقديره وإن لم نوجبه عليه وشرط عليه فسد العقـد ، ويلحق بما ذكـر قلم النسـاخ ومرود الكحـال وإبرة الخيـاط . وأما الاستئجـار على عمل النعـال ، فـإن ابتـاع النعلين والشراكين ثم استأجره بأجرة معلومة على العمـل صح ، وإلا فـلا كما نقـل عن نصّ

= ونوقش : بأن الله سبحانه لما قطع الموالاة بين المسلمين والكفار فقال :﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتولوا قوماً غضب الله عليهم﴾ كان هذا دليل تخصيص الآية الأخرى ، وهي قوله : ﴿ وأولو الأرحام﴾ بالمسلمين .

تلك أدلة الفريقين في المسألة بالنظر فيهـا يترجح لنا مـذهب : القائلين بمنـع حضانـة الأم الكافـرة لولدها ، كيف وفي ذلك نوع إعزاز للإسلام والمسلمين ، وإظهار لعلو شأن الإسلام ، ورفعة أهله وقد يكون في حرمانها من حضانتها حمل لها على الدخول في الإسلام والاندماج في جماعة المسلمين .

وانظر : مبسوط السرخسي جـ ٥ ص ٥١٠ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٢١٧ ، الزيلعي جـ ٣ ص ٤٩ ، بـدائـع الصنـائـع جـ ٤ ص ٤٢ ، خرشي جـ ٤ ص ٢١٢ ، الحـطاب جـ ٤ ص ٢١٦ ، بجيـرمي جـ ٤ ص ١٠٢ ، مغني ابن قدامة جـ ٩ ص ٢٩٧ ، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٢٣ .

فصــل

يَجبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ إلى المُكْتَرِي ، وعِمَارَتُهَا عَلَى المؤَجِّرِ ، فَإِنْ بَادَرَ وأَصْلَحَهَا ، وإلَّا فلِلْمُكْتَرِي الخِيَارُ ،

الأمّ ، وصوّبه الزركشي ، ولقائل أن يقول : ما الفرق بين هذا وبين الصباغ والخياط مع أن العادة جارية بذلك ، ولا يبعد أن يقال فيه باطراد العادة ، ولم أرَ من ذكره .

فصــل

فيما يجب على مكري دار أو دابة ، وبدأ بالأوّل فقال (**يجب**) عليه (**تسليم مفتاح الدار إلى المكتري**) إذا سلمها إليه لتوقف الانتفاع عليه ، فإن لم يسلمه فللمكتري الخيار ، ولا يأثم المكري بالمنع من التسليم لما سيأتي ، وتنفسخ الإجارة في مدّة المنع كما قاله القاضي ، وإذا تسلمه المكتري فهو في يده أمانة فلا يضمنه بلا تفريط ، وإذا ضاع منه بلا تفريط ولم يبدله المكري له ثبت له الفسخ ، ولا يجبر المكري على الإبدال ، هذا في مفتاح غلق مثبت . أما القفل المنقول ومفتاحه فلا يستحقه المكتري وإن اعتيد ، ولا يثبت له بمنعه منهما خيار ؛ لأن الأصل عدم دخول المنقول في العقد الواقع على العقار والمفتاح تابع للغلق (**و**) ليس على المستأجر (**عمارتها**) بل هي (**على المؤجر**) سواء أقارن الخلل العقد كدار لا باب لها أم عرض لها دواماً ، وسواء أكان لا يحتاج لعين زائدة كإقامة مائل ، أم يحتاج : كبناء وتطيين ، وليس المراد بكونها على المؤجر أنه يجبر على عمارتها بدليل قوله : (**فإن بادر وأصلحها**) بالعمارة فذاك (**وإلا فللمكتري الخيار**) إن نقصت المنفعة لتضرّره فإذا وكف البيت : أي قطر سقفه في المطر لترك التطيين ثبت الخيار في تلك الحالة ، فإذا انقطع زال الخيار إلا إذا حصل بسببه نقص وهذا في الخلل الحادث . أما المقارن للعقد إذا علم به فلا خيار له كما جزم به في أصل الرّوضة وإن نظر فيه بعضهم .

تنبيه : محل عدم وجوب العمارة في المطلق . أما الوقف فيجب على الناظر عمارته حيث كان فيه ريع كما أوضحوه في كتاب الوقف ، وفي معناه المتصرّف بالاحتياط كوليّ المحجور عليه بحيث لو لم يعمر فسخ لمستأجر الإجارة وتضرر المحجور عليه ، ولا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المؤجرة الحريق والنهب وغيرهما ، وإنما عليه تسليم العين وردّ الأجرة إن تعذر الاستيفاء ، وإذا سقطت الدار على متاع المستأجر لم يلزم المؤجر ضمانه ولا أجرة تخليصه كما أفتى به الغزالي ، ولو غصبت العين المؤجرة وقدر المالك على انتزاعها

وَكَسْحُ الثَّلْجِ عَنِ السَّطْحِ عَلَى المُؤَجِّرِ ، وتَنْظِيفُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى المُكْتَرِي ، وَإِنْ أَجَّرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ فَعَلَى المُؤَجِّرِ إكافٌ وَبَرْذَعَةٌ

لزمه كما بحثه في الروضة هنا ، ولكن اعترض بأن ما بحثه هنا يخالف ما قاله آخر الباب من أنه لا يلزمه أن يدفع عنها الحريق والنهب وغيرهما كما مرّ . وأجيب بأن ما هناك فيما بعد التسليم أو فيما لا يقدر على انتزاعه إلا بكلفة ، وما هنا بخلافه فلزمه ذلك لكونه من تمام التسليم أو لعدم الكلفة ، وهذا هو المعتمد وإن قال بعض المتأخرين : الأوجه عدم اللزوم في الحالين (**وكسح**) أي رفع (**الثلج عن السطح**) في دوام الإجارة (**على المؤجر**) ؛ لأنه كعمارة الدار ، فإن تركه وحدث به عيب ثبت للمكتري الخيار ، ومحله كما قال ابن الرفعة في دار لا ينتفع ساكنها بسطحها كما لو كانت جملونات ، وإلا فيظهر أنه كالعرصة (**وتنظيف عرصة الدار**) ، وهي بقعة بين الأبنية ليس فيها بناء كما مرّ في باب الألفاظ المطلقة ، وجمعها عراص وعرصات (**عن ثلج وكناسة على المكتري**) ، إن حصلا في دوام المدّة . أما الكناسة ، وهي ما يحصل من القشور ونحوه فلحصولها بفعله بخلاف التراب الذي يجتمع لهبوب الرّيح فإنه لا يلزم المستأجر . وأما الثلج ، فلأنه يتوقف عليه كمال الانتفاع لا أصله ، وهو مما يتسامح بنقله عرفاً . نعم إن انقضت المدة أجبر على نقل الكناسة دون الثلج قاله في المطلب ، ولو كان التراب أو الرّماد أو الثلج الخفيف موجوداً عند العقد فالذي يظهر كما قاله ابن الرفعة أن إزالته على المؤجر ، إذ يحصل به التسليم التامّ ، ونقل رماد الحمام وغيره في الانتهاء من وظيفة المستأجر في أحد وجهين ، يظهر ترجيحه تبعاً لابن الرّفعة ، وتفريغ البالوعة ومنتقع الحمام والحشّ على المكتري في الدوام ما لم تنقض المدة ، وعلى المالك في الابتداء والانتهاء ، وفارق حكم الانتهاء هنا حكمه فيما قبله : بأن الحادث هنا مع انقضاء المدّة ضروري بخلافه ثمّ ، ويجب على المؤجر تسليم بئر الحش والبالوعة وهما فارغان ، وليس المراد بكون ما ذكر على المؤجر أو المستأجر إجباره عليه ، بل إنه من وظيفته كما عبر به في بعض الصور ، حتى إذا ترك المؤجر ما عليه ثبت للمستأجر الخيار ، أو المستأجر ما عليه وتعذر الانتفاع لا خيار له ، ويمنع مستأجر دار للسكنى من طرح الرماد والتراب في أصل حائط الدار ومن ربط الدابة فيها إلا إن اعتيد ربطها فيها فإنه لا يمنع كما قاله الأذرعي . ثم شرع في الثاني ، فقال (**وإن أجر دابة لركوب**) إجارة عين أو ذمة وأطلق (**فعلى المؤجر إكاف**) وقد مرّ ضبطه في خيار العيب ، والأولى أن يفسر هنا بغير البرذعة لقوله (**وبرذعة**) بفتح الباء وذال معجمة ، وحكى إهمالها ، وفسرها الجوهري

وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمَظِلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا، وَالأَصَحُّ فِي السَّرْجِ اتِّبَاعُ الْعُرْفِ ، وَظَرْفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا وَإِعَانَةِ الرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ ،

بالحلس الذي يلقى تحت الرحل ، ومن يفسر الإكاف بالبرذعة كصاحب الفصيح يشكل عليه عطف المصنف البرذعة عليه إلا أن يحمل على عطف التفسير **(وحزام)** بكسر الحاء بخطه : ما يشدّ به الإكاف **(وثفر)** بمثلثة وفاء مفتوحة بخطه : ما يجعل تحت ذنب الدابة ، سمي بذلك لمجاورته ثفر الدابة بسكون الفاء وهو حياؤها **(وبرة)** بضم الموحدة وتخفيف الراء : حلقة تجعل في أنف البعير **(وخطام)** بكسر الخاء المعجمة : خيط يشدّ في البرة ثم يشد في طرف المقود بكسر الميم ، لأن التمكين واجب عليه ، ولا يحصل بدون ذلك والعرف مطرد به .

تنبيه : إنما تجب هذه الأمور عند إطلاق العقد في إجارة الذمة للركوب ، وإن شرط ما ذكر على المؤجر أو المستأجر أو شرط عدم ذلك كأجرتك هذه الدابة عرياً بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما اتبع الشرط **(وعلى المكتري محمل)** وقد مرّ ضبطه في كتاب الحج **(ومظلة)** يظلل بها على المحمل ، ومرّ ضبطها في باب الصلح **(ووطاء وغطاء)** بكسر أوّلهما ممدودين . والأوّل : ما يفرش في المحمل ، والثاني : ما يغطى به **(وتوابعها)** كالحبل الذي يشدّ به المحمل على البعير ، أو أحد المحملين على الآخر وهما على البعير أو الأرض ؛ لأن هذه الأمور تراد لكمال الانتفاع ، وذلك غير مستحقّ بالإجارة **(والأصح)** وفي المحرّر الأشبه **(في السرج)** للفرس المؤجر **(اتباع العرف)** في موضع الإجارة قطعاً للنزاع والثاني : على المؤجر كالإكاف **(وظرف المحمول على المؤجر في إجارة)** الدابة للحمل إجارة **(الذمة)** ؛ لأنه التزم النقل فليهيء أسبابه والعادة مؤيدة له **(وعلى المكتري في إجارة العين)** ؛ لأنه ليس عليه إلا تسليم الدابة بالإكاف ونحوه كما سيأتي **(وعلى المؤجر في إجارة الذمة الخروج مع الدابة)** بنفسه أو نائبه **(لتعهدها)** وصونها **(و)** عليه أيضاً **(إعانة الراكب في ركوبه)** الدابة **(ونزوله)** عنها **(بحسب الحاجة)** وتراعى العادة في كيفية الإعانة فينيخ البعير لامرأة وضعيف بمرض أو هرم أو سمن مفرط ونحوها ، ويقرّب الحمار والبغل من مكان مرتفع ليسهل عليه الركوب ؛ لأنه التزم النقل والتبليغ ولا يتمّ إلا بهذه الأمور ، ولا يلزمه

وَرَفْعُ المَحْمِلِ وحَطُّهُ، وشَدُّ المَحْمِلِ وَحَلُّهُ، ولَيْسَ عَلَيْـهِ في إجَارَةِ الْعَيْنِ إلَّا التَّخْلِيَـةُ بَيْنَ المُكْتَرِي والدَّابَةِ ، وتَنْفَسِخُ إجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ ،

إناخة البعير لقويّ كما قاله الماوردي ، فإن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه تعلق به وركب وإلا شبك الجمال بين أصابعه ليرقى عليها ويركب ، والاعتبار في القوّة والضعف بحالة الركوب لا بحالة العقد ، وعليه أيضاً الوقوف لينزل الراكب لقضاء الحاجة والطهارة وصلاة الفرض وانتظار فراغه منها ، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف ولا القصر ولا الجمع ، وليس له التطويل ولو كان عادته ذلك ، فإن طوّل قال الماوردي فللمؤجر الفسخ وليس له أيضاً النزول لما يتأتى فعله على الدابة كأكل وشرب ونافلة وله النوم على الراحلة في وقت العادة دون غيرها ؛ لأن النائم يثقل ، وفي لزوم الرجل القويّ النزول المعتاد للإراحة ، وفي العقبات وجهان . قال المصنف . ينبغي أن يكون الأصح وجوبه في العقبة فقط ، ولا يجب النزول على المرأة والمريض والشيخ العاجز . قال المصنف : وينبغي أن يلحق بهم من له وجاهة ظاهرة وشهرة يحل مروءته في العادة المشي **(و)** على المؤجر المذكور **(رفع المحمل)** بكسر الميم بخطه على ظهر الدابة **(وحطه)** على ظهرها ، وقوله : **(وشدّ المحمل)** بكسر الميم بخطه يصدق بشد أحد المحملين إلى الآخر وهما على الأرض وهو الأصح **(وحله)** لاقتضاء العرف ذلك **(و)** المؤجر **(ليس عليه في إجارة)** دابة لركوب أو حمل إجارة **(العين ، إلا التخلية بين المكتري والدابة)** ، لا إعانته في ركوب ولا حمل ونحوها ، والمراد بالتخلية التمكين من الانتفاع بالدابة ، وليس المراد أن قبضها بالتخلية لئلا يخالف قبض المبيع ، ويشترط في قبض الدابة سوقها أو قودها ، كما قاله الرافعي ، ولا يكفي ركوبها كما قاله المصنف .

تنبيه : مؤنة الدليل وسائق الدابة وأجرة الخفير وحفظ المتاع في المنزل والدلو والرشا في الاستئجار للاستقاء كالظرف فيما مرّ . وأما حفظ الدابة فعلى صاحبها ، إلا أن يكون قد سلمها إليه ليسافر عليها وحده فيلزمه الحفظ صيانة لها لا بحكم الإجارة ، قاله المتولي ، وإذا استأجر دابة ليركبها إلى موضع معين فوصله لم يكن له ردّها معه إلا بإذن المالك بل يسلمها لقاضي ذلك الموضع ، أو إلى أمين ، فإن تعذر استصحبها معه حيث يذهب ولا يركبها ، إلا أن تكون جموحاً كالوديعة **(وتنفسخ)** الإجارة في **(إجارة العين)** في المستقبل **(بتلف الدابة)** المستأجرة ، ولا تبدل لفوات المعقود عليه ، بخلاف إجارة الذمة فإنها تبدل

وَيَثْبُتُ الخِيَارُ بِعَيْبِهَا ، ولاَ خِيَارَ في إجَارَةِ الذِّمَّـةِ ، بَلْ يَلْزَمُـهُ الإبْدَالُ ، والطَّعَامُ المَحْمُـولُ لِيُؤْكَـلَ يُبْدَلُ إذَا أُكِـلَ في الأَظْهَرِ .

(ويثبت الخيار) على التراخي ، قاله الماوردي خلافاً لابن السكري من أنه على الفور **(بعيبها)** المقارن إذا جهل والحادث لتضرّره بالبقاء ، والمراد بالعيب هنا ما يؤثر في المنفعة أثراً يظهر له تفاوت في الأجرة لا في القيمة ؛ لأن مورد العقد المنفعة ، قاله الأذرعي وغيره ، وحيث كان له الخيار وأجاز لزم المسمى ، فلو لم يعلم بالعيب حتى مضت المدّة فات الخيار وله الأرش ، وإن علم به في الأثناء وفسخ فله الأرش ، وإن لم يفسخ فلا أرش للمستقبل ويتجه كما قال الغزي وجوبه فيما مضى كما في كل المدة .

تنبيه : خشونة مشي الدابة ليس بعيب كما جزما به وخالف ابن الرفعة فجعله عيباً وصوّبه الزركشي قال وبه جزم الرافعي في عيب المبيع اهـ وجمع بين ما هنا وبين ما هناك بأن المراد هنا خشونة لا يخاف منها السقوط بخلافه هنا **(ولا خيار)** للمكتري **(في إجارة الذمة)** بعيب دابة أحضرها المكري **(بل يلزمه الإبدال)** كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً ؛ لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة وهذا غير سليم ، فإذا لم يرضَ به رجع إلى ما في الذمة .

تنبيه : سكت المصنف في هذه الحالة عن عدم انفساخها بالتلف مع أنه صرّح به في المحرّر . قال الزركشي : لأنه يعلم من نفيه الخيار بالعيب من طريق أولى وفيما قاله نظر ، وإذا لم تنفسخ بإتلافها أبدلت ، فإن عجز عن إبدالها فالظاهر كما قال الأذرعي : ثبوت الخيار وليس للمكري أن يبدل الدابة المسلمة عن الإجارة في الذمة بغير إذن المكتري إذ للمكتري إجارتها بعد قبضها والاعتياض عنها لا قبل قبضها عما التزم له المكري ؛ لأن إجارة الذمة كالسلم وتبدل هذه عند العيب بخلاف المعينة كما مرّ ، ولو أفلس المؤجر قدم بمنفعتها على الغرماء على الأصح ، وليس للمستأجر في إجارة العين أن يؤجر العين المؤجرة قبل قبضها من أجنبي ، وفي إجارتها للمؤجر وجهان . قال المصنف : الأصح صحتها منه اهـ ويفرق بين الإجارة والبيع بأنه يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان **(والطعام المحمول)** لا ليصل بل **(ليؤكل)** في الطريق **(يبدل إذا أكل في الأظهر)** كسائر المحمولات إذا باعها أو تلفت . والثاني لا يبدل ؛ لأن العادة في الزاد أن لا يبدل .

تنبيه : محل الخلاف إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي

فصــل

يَصِحُّ عَقْدُ ٱلإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِباً ، وفي قَوْلٍ لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ ، وفي قَوْلٍ ثَلَاثِينَ

هو فيه وإلا أبدل قطعاً ، واحترز بقوله إذا أكل عما إذا تلف كله أو بعضه بسرقة أو غيرها فإنه يبدل جزماً . وهذا كله عند الإطلاق فإن شرط شيء اتبع . وأما الماء المحمول إذا شرب فإنه يبدل بلا خلاف كما صرّح به بعض شرّاح التنبيه لتطابق اللفظ والعرف على الإبدال ولو حمل التاجر متاعاً يبيعه في طريقه فباع بعضه ، ففي فروع ابن القطان يحمل على العرف ، ويتجه أن يقال هو مثل الزاد اهـ والأوجه الأوّل .

فصــل

في باب الزمن الذي تقدّر المنفعة به وبيان من يستوفيها وغير ذلك (**يصح عقد الإجارة مدّة**) معلومة (**تبقى فيها العين**) المؤجرة (**غالباً**) لإمكان استيفاء المعقود عليه ولا يقدّر بمدّة إذ لا توقيف فيه ، والمرجع في المدّة التي تبقى فيها العين غالباً إلى أهل الخبرة فيؤجر الدار والرقيق ثلاثين سنة والدابة عشر سنين والثوب سنة أو سنتين على ما يليق به ، والأرض مائة سنة أو أكثر (**وفي قول لا يزاد على سنة**) لاندفاع الحاجة بها (**وفي قول**) على (**ثلاثين**) سنة لأنها نصف العمر الغالب .

تنبيه : قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في ذلك بين الوقف والمطلق وهو المشهور ، ويستثنى من إطلاقه صور : إحداها ما إذا شرط الواقف أن لا يؤجر وقفه إلا سنة ونحوها فإنه يتبع شرطه على الأصح . ثانيها : إجارة الأقطاع لا تجوز أكثر من سنة كما نقله الغزّي عن ابن جماعة وأقرّه . ثالثها : المنذور إعتاقه كقوله : إن شفى الله مريضي فللّه عليّ أن أعتق هذا العبد بعد سنة لم تجز إجارته أكثر من المدة كما قاله البلقيني لئلا يؤدي إلى آستمرار الإجارة عليه بعد عتقه بناء على الأصح من أن من أجر عبد نفسه ثم أعتقه لا تنفسخ الإجارة . رابعها : المعلق عتقه بصفة . قال البغوي : إن تحقق عدم وجود الصفة قبل آنقضاء الأجل صحت الإجارة وإلا فيجب أن لا تجوز كالصبي . وقال في الروضة : ينبغي أن تصح وإن تحقق وجود الصفة قبل انقضاء الأجل لجواز أن يبيعه فيرتفع التعليق ، وبيع المستأجر صحيح على الأصحّ ، فالاستثناء من كلام البغوي . خامسها : إجارة المرهون بغير إذن المرتهن على دين مؤجل ، فإنه يعتبر في الصحة أن يكون الدين مؤجلاً

وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَـةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْـرِهِ فَيُرْكِبُ وَيُسَكِّنُ مِثْلَهُ،ولاَ يُسَكِّنُ حَدَّاداً وقَصَّاراً ،

بأجل يحلّ بعد انقضاء مدّة الإجارة أو معها . سادسها : إجارة الوليّ الصبيّ أو ماله ، فإنه لا بدّ فيها من أنه لا يجاوز مدة بلوغه بالسنّ ، فلو كان عمره عشر سنين فأجره عشر سنين بطل في الزائد على مدة البلوغ ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، بخلاف ما لو أجره مدة لا يبلغ فيها بالسنّ ، وإن احتمل بلوغه بالاحتلام ، لأن الأصل بقاء الصبيّ ، وهذا الخلاف في أكثر مدة الإجارة . أما أقلها فقال الماوردي أقلّ مدة تؤجر الأرض فيها للزراعة مدة زراعتها ، وأقل مدة تؤجر الدار للسكنى يوم ؛ لأن ما دونه تافه لا يقابل بعوض . ويستثنى من اشتراط بيان المدة في الإجارة مسائل : الأولى سواد العراق ، فإن الأصح أن عمر رضي الله تعالى عنه أجره على التأبيد ، واحتمل ذلك للمصلحة الكلية . ثانيها : أجمعوا على جواز إجارة الدار وغيرها شهراً مع أنه قد يكون ثلاثين يوماً وقد يكون تسعة وعشرين كما مرّ عن المجموع . ثالثها : عقد الجزية إذا قلنا أنها عقد إجارة على إقامتهم في دارنا وهو الأصح . رابعها : استئجار العلو لحق البناء ولإجراء الماء لا يشترط فيه بيان المدة على المذهب كما مرّ في باب الصلح . خامسها : استئجار الذميّ للجهاد من غير تبيين المدة يجوز للضرورة قاله في الشامل في باب الغنيمة . سادسها : استئجار الإمام للأذان من بيت المال كل شهر بكذا كما مرّ في فصل الأذان والمنفعة المستحقة بعقد الإجارة تتوقف على مستوف ومستوفى منه وبه وفيه ، وأشار إلى الأوّل بقوله **(وللمكتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره)** كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره لكن يشترط أمانة من سلمها إليه ، فلو شرط استيفاءها عليه بنفسه لم يصح كما لو باعه عيناً وشرط أن لا يبيعها ، ولابن الرفعة في ذلك نظر .

تنبيه : تعبيره بالمنفعة قد يخرج الاستئجار لإفادة عين كالرضاع والبئر ليستقي منها مع أن الحكم واحد في الجميع وأفهم قوله : بغيره جواز إعارة المكتري المنفعة لغيره ، وقد جزم به في المتن في باب العارية ، وإذا جاز الاستيفاء بغيره **(فيركب)** في استئجار دابة للركوب مثله ضخامة ونحافة وطولاً وعرضاً وقصراً أدونه فيما ذكر **(ويسكن)** في استئجار دار للسكنى **(مثله ، ولا يسكن)** إذا كان بزازاً مثلاً **(حداداً ، و)** لا **(قصاراً)** لزيادة الضرر بدقهما ، وكذا يلبس الثوب مثله ودونه . وينبغي في اللابس المماثلة في النظافة ؛ لأن فيه استيفاء عين المنفعة المستحقة بغير زيادة ، ولعلّ ضابط المسألة أن يساوي المستأجر في الضرر بالعين المستأجرة ، ويعبر عن هذا بأن المستوفي يجوز إبداله ، واستثنى جمع منهم

وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَدارٍ ودَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يُبْدَلُ،ومَا يُسْتَوْفَى بِهِ كَثَوْبٍ وصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ والارْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ في الأَصَحِّ ،

الجرجاني : ما لو قال : لتسكنها وتسكن من شئت للإذن كما لو قال آزرع ما شئت ، وللأذرعي في ذلك نظر ، وأشار للثاني بقوله : (**وما يستوفي منه**) المنفعة (**كدار ودابة معينة**) هو قيد في الدابة لأن الدار لا تكون إلا معينة ، ولو كان قيداً فيهما لوجب التثنية (**لا يبدل**) ، لأنه معقود عليه فأشبه المبيع ، ولهذا تنفسخ الإجارة بتلفه ويردّ بالعيب .

تنبيه : يستثنى من مفهوم المتن جواز الإبدال إذا لم تكن معينة ما إذا أسلم دابة عما في الذمة فإنها لا تبدل بغير رضاه في الأصح كما مرّ ، وأشار إلى الثالث بقوله : (**وما يستوفي**) المنفعة (**به كثوب وصبيّ عين**) الأوّل في عقد الإجارة (**للخياطة ، و**) الثاني : لأجل (**الارتضاع**) أو التعليم (**يجوز إبداله**) أي ما ذكر بمثله (**في الأصح**) وإن لم يرض الأجير ؛ لأنه ليس معقوداً عليه وإنما هو طريق للاستيفاء ، فأشبه الرّاكب والمتاع المعين للحمل . والثاني المنع : كالمستوفى منه ، وجرى عليه في أصل الرّوضة في باب الخلع ، وجرى عليه البلقيني وابن المقري في روضه ، ورجح الأوّل في شرح إرشاده ، ورجحه الرّافعي في الشرح الصغير ، وهو المعتمد ، وسكت المصنف عن المستوفي فيه ، وحكمه أنه يجوز إبداله كأن استأجر دابة لركوب في طريق له إبدال الطريق بمثله أو دونه .

تنبيه : قول المنصف عين أشار به إلى ما نقلاه عن الشيخ أبي عليّ وأقرّاه أن محل الخلاف إذا التزم في ذمته خياطة ثوب معين أو حمل متاع معين ، أما لو استأجر دابة معينة لركوب أو حمل متاع فلا خلاف في جواز إبدال الراكب والمتاع ، وفرّق بأن العقد والحالة هذه يتناول المدة بدليل استقرار الأجرة بتسليمها وإن لم يركب ، وإذا كان في الذمة تناول العقد العمل المستوفى به ؛ فكأنه معقود عليه ، وللإمام نحوه ، ولو اعتاض عن منفعة بمنفعة جاز قطعاً ، وكان الأولى للمصنف أن يقول وعينا بالتثنية فإنه صفة لصبيّ وثوب ، وإيقاع ضمير المفرد موضع التثنية شاذ .

فرع : لو استأجر ثوباً للبس لم ينم فيه ليلاً عملاً بالعادة ولو كان الثوب التحتاني كما هو ظاهر كلام الأصحاب ، فطريقه إذا أراد النوم فيه أن يشرطه وينام في الثوب التحتاني نهاراً ساعة أو ساعتين أو نحو ذلك ، وأما الفوقاني فلا ينام فيه ولا يلبسه كل وقت بل عند التجمل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل كحالة الخروج إلى السوق ونحوه

وَيَـدُ المكْتَرِي على الدَّابةِ ، والثوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الإِجَارَةِ وكَذَا بَعْدَهَا في الأَصَحِّ ، ولَـوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَـرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ ولَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ يَضْمَنْ إلاَّ إذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا اصْطَبْلٌ في وقْتٍ لَو انْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الهَدْمُ ،

ودخـول الناس عليـه وينزعـه في أوقات الخلوة عمـلاً بالعـرف ، وليس لـه أن يتـزر بقميص استأجره للبسه ولا برداء استـأجره لـلارتداء بـه ، وله أن يـرتدي ويتعمم بمـا استأجـره للبس والاتزار ، ولو استأجر ثوباً يـوماً كـاملاً فمن طلوع الفجـر إلى الغروب ، إذ النهـار من طلوع الفجر إلى الغروب ، وقيل : من طلوع الشمس إلى الغروب أو يوماً وأطلق فمن وقت العقـد إلى مثله أو لثـلاثة أيـام دخلت الليالي المشتملة عليهـا **(ويد المكتـري على)** المستـأجـر من **(الدابة والثوب)** وغيرهما **(يد أمانة مدّة الإجارة)** جزماً فلا يضمن ما تلف فيها بلا تقصير ، إذ لا يمكن استيفاء حقه ، إلا بوضع اليد عليها وعليه دفع متلفاتها كالمودع .

تنبيـه : لو قال : على المستأجر كمـا قدّرتـه بدل على الـدابة والثـوب ، لكان أخصـر وأشمل **(وكذا بعدها)** إذا لم يستعملها **(في الأصح)** استحصاباً لما كان كالمودع ، فـلا يلزمه ردّها بل التخلية بينها وبين المالك كالوديعة . والثاني : يد ضمان . وقال السبكي : إنها بعد المدّة أمانة شرعية كثوب ألقته الريح بداره ، فـإن تلفت عقب انقضاء المـدّة قبل التمكن من الردّ على المالك أو إعلامه فلا ضمان جزماً . أما إذا استعملها فإنه يضمنها قطعاً .

تنبيـه : لو انفسخت الإجارة بسبب ولم يعلم المستأجر المالك بالانفساخ بعد علمه به ضمنها ومنافعها لتقصيره بعدم إعلامه ، فإن أعلمه أو لم يعلمه لعدم علمه أو كـان هو عـالماً به لم يضمن ؛ لأنه أمين ولا تقصيـر منه **(ولـو ربط دابة اكتـراها لحمـل أو ركوب)** أو غيـره كحرث واستقاء **(ولم ينتفع بها)** وتلفت **(لم يضمن)** قيمتها ؛ لأنها بيده أمانـة ، وسواء أتلفت في المدة أم بعدها على الأصح **(إلا إذا انهدم عليها اصطبل)** وهـو عجمي معرب **(في وقت)** للانتفاع **(لو انتفع بها)** فيه خارجاً عن اصطبلها وقت الانهدام مع جـريان العـادة للانتفـاع بها ذلـك الوقت كـالنهار **(لم يصبهـا الهدم)** بـل تسلم فإنـه يضمنها حينئـذ ؛ لأن التلف حصـل بربطها فيه ، بخلاف ما إذا تلفت بانهدام سقف في وقت لم تجر العادة باستعمالها فيه كجنح الليل في الشتاء ، وبذلك علم أن الضمـان بذلـك ضمان جنـاية لا ضمـان يد وإن تـردّد فيه السبكي . قال الزركشي : وسكتوا عما لو سافـر بها فتلفت فينبغي أن يـأتي فيها التفصيـل ، فيقـال إن سافـر في وقت لم تجر العـادة بالسيـر فيه فتلفت بـآفة أو نقصت ضمن ، ولـو ترك

وَلَوْ تَلِفَ المَالُ في يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدّ كَثَوْبٍ اسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْصَبْغِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ، وكَذَا إِنِ انْفَرَدَ في أَظْهَرِ الأَقْوَالِ، والثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُشْتَرِكُ ، وهُوَ مَنِ الْتَزَمَ عَمَلاً في ذِمَّتِهِ ، لَا الْمُنْفَرِدُ ، وهُوَ مَنْ أَجَّرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ

الانتفاع بها في وقت مرض أو خوف عرض له فتلفت بذلك لم يضمن كما بحثه الأذرعي في الخوف أخذاً من كلام الإمام .

تنبيه : إنما قيد المصنف المسألة بالرّبط ليستثنى منها ، وإلا لو تلف في مدة الانتفاع كان الحكم كذلك ، ولو حمل قدراً للرد على دابة فانكسرت القدر بتعثر الدابة ، فإن كان لا يستقل بحملها أو كان لا يليق به حملها كما قاله الزركشي لم يضمن وإلا ضمن لتقصيره إذ العادة أن القدر لا تردّ على الدابة مع استقلال المستأجر بحملها (ولو تلف المال) أو بعضه (في يد أجير) قبل العمل فيه أو بعده (بلا تعدّ) منه فيه (كثوب استؤجر لخياطته أو صبغه) بفتح الصاد بخطه ؛ لأن المراد المصدر لا ما يصبغ به (لم يضمن إن لم ينفرد) ذلك الأجير (باليد) ، وفسر عدم الانفراد بها بقوله (بأن قعد المستأجر معه أو أحضره منزله) ولم يقعد ، وكذا لو حمله المتاع ومشى خلفه كما قاله القاضي حسين ؛ لأن يد المالك ثابتة على العين حكماً وإنما استعان بالأجير في شغله كالمستعين بالوكيل (وكذا إن انفرد) باليد ، سواء المشترك والمنفرد ، فإن انتفى ما ذكر في القسم قبله لا يضمن (في أظهر الأقوال) والثاني : يضمن كالمستام ، لأنه أخذه لمنفعة نفسه ودفع بأنه أخذه لمنفعة المستأجر أيضاً فلا يضمن كعامل القراض . وقال الربيع : اعتقاد الشافعي أنه لا ضمان على الأجير ، وأن القاضي يقضي بعلمه ، وكان لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء . وقال الفارقي : بعد أن صحح الأوّل إلا أن يعمل به: أي بالثاني لفساد الناس . قال ولي نحو ثلاثين سنة ما أفتيت بواحد من القولين ولا حكمت إلا بالمصلحة (والثالث يضمن) الأجير (المشترك) وفسر المشترك بقوله (وهو من التزم عملاً في ذمته) كعادة القصارين والخياطين ، وسمي مشتركاً ؛ لأنه إن التزم العمل لجماعة فذاك ، أو لواحد أمكنه أن يلتزم لآخر مثله ، فكأنه مشترك بين الناس (لا) الأجير (المنفرد ، وهو من أجر نفسه مدّة معينة لعمل) لغيره لا يمكنه شرعاً التزام مثله لآخر في تلك المدة ، سمي بذلك لانفراد المستأجر بمنفعته في تلك المدة ، والفرق أن المنفرد منافعه مختصة بالمستأجر في المدة فيده كيد الوكيل مع الموكل بخلاف المشترك .

وَلَوْ دَفَعَ ثَوْباً إلى قَصَّارٍ لِيُقَصِّرَهُ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أُجْرَةً فَلَا أُجْرَةَ لَهُ ، وَقِيلَ لَهُ ، وَقِيلَ إنْ كانَ مَعْرُوفاً بِذٰلِكَ الْعَمَلِ فَلَهُ ، وَإلاَّ فَلَا ، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ ،

تنبيه : قول المصنف مدّة معينة ليس بقيد ؛ لأن المأخذ كونه أوقع الإجارة على عينه ، وقد يقدر بالعمل دون المدة كعكسه ، واحترز بقوله : بلا تعدّ عما إذا تعدى فيضمن مطلقاً قطعاً كما لو أسرف الخباز في الوقود أو ترك الخبز في النار حتى احترق أو ضرب على التأديب والتعليم الصبيّ فمات ؛ لأن تأديبه بغير الضرب ممكن ، ومتى اختلفا في التعدي عمل بقول عدلين من أهل الخبرة ، فإن لم يجدهما فالقول قول الأجير ، وحيث ضمنا الأجير فإن كان بتعدّ فبأقصى قيمه من وقت القبض إلى وقت التلف ، وإن كان بغيره فبوقت التلف .

فرع : الأجير لحفظ الدكان مثلاً لا ضمان عليه إذا أخذ ما فيه ؛ لأنه لا يد له على المال . قال القفال : وهو بمنزلة الحارس في السكة لو سرق من بيت من بيوت السكة لم يكن عليه شيء ، ويعلم منه كما قال الزركشي : أن الخفراء لا ضمان عليهم **(ولو دفع ثوباً)** بلا استئجار **(إلى قصار ليقصره أو)** إلى **(خياط ليخيطه)** أو نحو ذلك كغسال يغسله **(ففعل)** ذلك **(ولم يذكر له أجرة فلا أجرة له)** على الأصح المنصوص ، وقول الجمهور ؛ لأنه لم يلتزم له عوضاً فصار كقوله : أطعمني فأطعمه . قال في البحر : ولأنه لو قال أسكني دارك شهراً ، فأسكنه لا يستحق عليه أجرة بالإجماع **(وقيل له)** أجرة مثل ، لاستهلاك الدافع عمله **(وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل)** بأجرة **(فله)** أجرة المثل . وقال الشيخ عزّ الدين : تجب له الأجرة التي جرت بها العادة لذلك العمل وإن زادت على أجرة المثل **(وإلا)** أي وإن لم يكن معروفاً بذلك العمل **(فلا)** أجرة له ، **(وقد يستحسن)** هذا الوجه لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ كما في نظائره ، وعلى هذا عمل الناس . وقال الغزالي : إنه الأظهر . وقال الشيخ عز الدين : إنه الأصح ، وحكاه الرّوياني في الحلية عن الأكثرين وقال إنه الاختيار . وقال في البحر : وبه أفتي به ، وأفتى به خلائق من المتأخرين ، وإذا قلنا : لا أجرة له على الأصح فمحله كما قال الأذرعي : إذا كان حرًّا مطلق التصرف . أما لو كان عبداً أو محجوراً عليه بسفه ونحوه فلا ، إذ ليسوا من أهل التبرّع بمنافعهم المقابلة بالأعواض ، واحترز بقوله : ولم يذكر أجرة عما إذا قال : مجاناً فلا يستحق شيئاً قطعاً ، وما لو ذكر أجرة فيستحقها جزماً ، وإن كانت صحيحة فالمسمى وإلا فأجرة المثل ، ولو عرض

وَلَوْ تَعَـدَّى المُسْتَأْجِـرُ بِأَنْ ضَـرَبَ الدَّابَّـةَ أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ أَوْ أَسْكَنَ حَدَّاداً أَوْ قَصَّاراً ضَمِنَ الْعَيْنَ ،

بذكر أجرة كاعمل ، وأنا أرضيك أو اعمل وما ترى مني إلا ما يسرّك أو نحو ذلك ، كقـوله : حتى أحاسبك استحق أجرة المثل كما في البيان وغيره، وقد تـرد هذه على المصنف ؛ لأنـه لم يذكر في هذه أجرة إلا أن يكون مراده ولم يذكر أجرة لا تصريحـاً ولا تعريضـاً . ويستثنى من الخلاف المذكور في المتن مسائل : إحداها عامل المساقاة إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك فإنـه يستحق الأجرة كمـا مرّ في بـابها . قـال بعضهم : ولا تستثنى ، لأن عمله تـابـع لمـا فيـه أجـرة فقـد تقـدّم ذكـر الأجـرة في الجملة. ثـانيهـا: عـامـل الـزكـاة فـإنــه يستحق العوض ولو لم يسمّ . قال الزركشي : ولا تستثنى ؛ لأن الأجرة ثابتة له بنصّ القـرآن فهي مسماة شرعاً وإن لم يسمها الإمام . ثالثها : عامل القسمة بأمر الحاكم فللقاسم الأجـرة من غير تسمية كذا استثناها بعضهم ونازع في التوشيح في استثنائها ، وقـال : إنه كغيـره وهو الظاهر ، وأما داخل الحمام بلا إذن من الحمـامي فإنـه يلزمه الأجـرة وإن لم يجر لهـا ذكر ، والفرق بينه وبين القصار ونحوه أن هؤلاء صرفوا منافعهم لغيرهم ، والداخل للحمـام استوفى منفعة الحمام بسكونه ، فإن أذن له في الدخول ، فالحمامي فيه كالأجيـر كما قـالوا بـه فيمن دخل سفينة بإذن صاحبها حتى أتى الساحل فإنه كالأجير فيما ذكـر : أي فلا أجـرة له ، فـإن دخلها بغير إذن استحقّ عليه الأجرة . قـال في المطلب : ولعله فيمـا إذا لم يعلم به مـالكها حتى سيرها ، وإلا فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرهـا مالكهـا فإنـه لا أجرة على مالكه ولا ضمان .

فـرع : ما يأخذه الحمامي أجرة الحمام والآلة من سطل وإزار ونحوها وحفظ المتاع لا ثمن الماء كما مرّت الإشارة إليه ؛ لأنه غير مضبوط فلا يقابل بعوض ، فالحمامي مؤجر للآلة وأجير مشترك في الأمتعة فلا يضمنها كسائر الأجراء ، والآلة غير مضمونة على الداخل ؛ لأنه مستأجر لها ولو كان مع الداخل الآلة ومن يحفظ المتاع كان ما يأخذه الحمامي أجرة الحمـام فقط **(ولو تعدّى المستـأجر بـأن ضرب الـدابة أو كبحهـا)** بموحـدة ومهملة ويقال بميم بـدل الموحدة ، ويقال : بمثناة فوقية بدل الموحدة أيضاً ، ويقال أكبح ، والمعنى : أن المستـأجر جذبها باللجام لتقف ، وقوله **(فوق العادة)** قيد في المسألتين **(أو أركبها أثقل منه ، أو أسكن حدّاداً أو قصاراً)** وهما أشدّ ضرراً مما استأجر له **(ضمن العين)** أي دخلت في ضمانه لتعدّيه

وَكَـذَا لَوِ اكتَرَى لِحَمْلِ مِائَةِ رِطْلٍ مِنْ حِنْطَةٍ فَحَمَلَ مِائَـةً شَعِيراً أَوْ عَكَسَ أَوْ لِعَشْـرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيـرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً دُونَ عَكْسِهِ ، وَلَوِ اكْتَـرَى لِمِائَـةٍ

والقرار على المستعمل الثاني إن علم الحال ، وإلا فعلى الأوّل إن كانت يد الثاني يد أمانة كالمستأجر ؛ فإن كانت يد ضمان كالمستعير ، فالقرار عليه كما أوضحوه في الغصب ، نبه عليه الإسنوي وغيره . فإن قيل : ما ذكروه في الغصب فيمن ترتبت يده على يد الغاصب وهنا ترتبت يده على يد المستأجر ، والأصح أن المستعير من المستأجر لا يضمن . أجيب بأنه بإركابه من هو أثقل منه صار في حكم الغاصب ولهذا ضمن العين ، ويؤيده قولهم : إنه لو أركب مثله فجاوز العادة في الضرب كان الضمان على الثاني دون الأوّل ؛ لأنه لم يتعدّ . أما الضرب المعتاد إذا أفضى إلى تلف ، فلا يوجب ضماناً . فإن قيل : ضرب الزوج زوجته الضرب المعتاد يوجب الضمان . أجيب بأن تأديبها ممكن باللفظ وعلى تقدير الظنّ بأنه لا يفيد إلا الضرب فهو اجتهاد فاكتفى به للإباحة دون سقوط الضمان ، ولو ارتدف مع مكتريي دابة ركباها ثالث عدواناً ضمن الثلث إن تلفت توزيعاً على رؤوسهم لا على قدر أوزانهم ، لأن الناس لا يوزنون غالباً . ولو سخر رجلاً وبهيمته فماتت في يد صاحبها قبل استعمالها فلا ضمان على المسخر ؛ لأنها في يد صاحبها . أما بعد استعمالها فهي معارة .

تنبيه : أشار المصنف بالأمثلة المذكورة إلى أن التعدّي في رقبة العين المستأجرة ليخرج ما لو أجر الأرض لزرع حنطة فزرع الذرة فإنه لا يكون ضامناً للأرض على الأصح في زيادة الروضة ؛ لأنه تعدّى في المنفعة لا الرقبة ويلزمه أجرة المثل للذرة **(وكذا)** يصير ضامناً **(لو اكترى)** دابة **(لحمل مائة رطل من حنطة فحمل)** عليها **(مائة شعيراً أو عكس)** ، بأن اكتراها لحمل مائة رطل شعير فحمل عليها مائة حنطة ؛ لأن الحنطة أثقل فيجتمع ثقلها في موضع واحد والشعير أخف ؛ فيأخذ من ظهر الدابة أكثر فالضرر مختلف ، وقيس على الحنطة والشعير كل مختلفين في الضرر كالقطن والحديد . قال القاضي الحسين . وسواء أتلفت بذلك السبب أم بغيره ؛ لأن يده صارت يد عدوان ، ويبدل بالقطن الصوف والوبر لأنهما مثله في الحجم لا الحديد ، ويبدل بالحديد الرصاص والنحاس ؛ لأنهما مثله في الحجم لا القطن **(أو)** اكتراها **(لعشرة أقفزة شعير فحمل)** عشرة **(حنطة)** فإنه يصير ضامناً للدابة ؛ لأنها أثقل ، والأقفزة جمع قفيز ، وهو مكيال يسع إثني عشر صاعاً **(دون عكسه)** لخفة الشعير مع استوائهما في الحجم **(ولو اكترى)** دابة **(لمائة)** أي لحمل مائة رطل حنطة

فَحَمَلَ مِائَةً وَعَشْرَةً لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا، فَإِنْ كَانَ ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ ،وَفِي قَوْلٍ نِصْفَ الْقِيمَةِ، وَلَوْ سَلَّمَ الْمِائَةَ وَالْعَشْرَةَ إِلَى الْمُؤَجِّرِ فَحَمَّلَهَا جَاهِلاً ضَمِنَ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ

مثلاً **(فحمل)** عليها **(مائة)** منها **(وعشرة لزمه أجرة المثل للزيادة)** مع المسمى على المشهور لتعدّيه بذلك .

تنبيه : أشار بتمثيله بالعشرة إلى أن الزائد قد لا يتسامح به . أما ما يتسامح به كالذي يقع به التفاوت بين الكيلين فإنه لا أجرة له ولا ضمان بسببه ، ولو اكترى مكاناً لوضع أمتعة فيه فزاد عليها نظرت فإن كان أرضاً فلا شيء عليه ، وإن كان غرفة لزمه المسمى وأجرة المثل للزائد على قياس ما مرّ في مسألة الدابة **(وإن تلفت)** تلك الدابة **(بذلك)** الزائد **(ضمنها)** ضمان يد **(إن لم يكن صاحبها معها)** ؛ لأنه صار ضامناً لها بحمل الزائد **(فإن كان)** صاحبها معها **(ضمن)** المستأجر **(قسط الزيادة)** فقط ضمان جناية مؤاخذة له بقدر جنايته **(وفي قول نصف القيمة)** ؛ لأنها تلفت بمضمون وغيره فقسطت القيمة عليهما ، كما لو جرحه واحد جراحة وآخر جراحات ، وفرق الأوّل بتيسر التوزيع هنا ، بخلاف الجراحات ؛ لأن نكاياتها لا تنضبط .

تنبيه : قوله بذلك يحترز به ، عما إذا تلفت بغيره ، فإنه يضمنها عند انفراده باليد ؛ لأنه ضمان باليد لا عند عدم انفراده بها ؛ لأنه ضمان بالجناية وإذا كان في المفهوم تفصيل فلا يرد **(ولو سلم)** المستأجر **(المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها)** بميم مشدّدة **(جاهلاً)** بالزيادة كأن قال له : هي مائة كاذباً فصدّقه فتلفت الدابة بها **(ضمن المكتري على المذهب)** كما لو حمل بنفسه ؛ لأن أعداد المجهول وتسليمه إلى المؤجر بعد عقد الإجارة كالإلجاء إلى الحمل شرعاً ، فكان كشهادة شهود القصاص وفيما يضمنه القولان ، والطريق الثاني على القولين في تعارض الغرر والمباشرة .

تنبيه : لو قال : فكما لو حملها المكتري لكان أولى ليعمّ الضمان وأجرة الزيادة ، وخرج بالجاهل العالم بالزيادة فإن قال له المستأجر : آحمل هذه الزيادة ، فأجابه فقد أعاره إياها لحمل الزيادة فلا أجرة لها ، وإن تلفت الدابة لا بسبب العارية ضمن القسط . أما بسببها فلا ضمان كما علم من باب العارية وإن لم يقل له المستأجر شيئاً فحكمه مذكور في

وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجِّرُ وَحَمَلَ فَلاَ أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ، وَلاَ يَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ، وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْباً لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قِبَاءً وَقَالَ أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قِبَاءً فَقَالَ بَلْ قَمِيصاً فَالأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ ، وَلاَ أُجْرَةَ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْخَيَّاطِ أَرْشُ النَّقْصِ .

قوله (**ولو وزن المؤجر وحمل**) الدابة (**فلا أجرة للزيادة**) تعمد ذلك أم لا ، علم المستأجر بالزيادة وسكت أم جهلها لعدم الإذن في نقلها (**ولا يضمن**) المستأجر الدابة (**إن تلفت**) إذ لا يد ولا تعدّى وللمستأجر مطالبة المؤجر بردّها إلى المنقول منه ، وليس للمؤجر ردّها دون رضاه ، وله مطالبته بالبدل للحيلولة ، فلو غرم له بدلها ثم ردّها إلى مكانها استرده وردّها إليه ، ولو كال المؤجر وحمل المستأجر ، فكما لو كال بنفسه وحمل سواء أكان عالماً بالزيادة أم لا ، ولو وضع المستأجر المائة والعشرة على الدابة فسيرها المؤجر فكما لو حملها المؤجر ، ولو كال أجنبي وحمل بلا إذن في الزيادة فهو غاصب للزائد وعليه أجرته للمؤجر وردّه إلى المكان المنقول منه إن طالبه المستأجر وعليه ضمان الدابة على التفصيل المذكور في المستأجر من غيبة صاحبها وحضرته على ما مرّ ، وإن حمل بعد كيل الأجنبي المائة والعشرة أحد المتكاريين ففيه التفصيل السابق بين الغرر وعدمه ، وإن اختلفا في الزيادة أو قدرها فالقول قول المكتري بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الزيادة ، ولو وجد المحمول على الدابة ناقصاً عن المشروط نقصاً يؤثر وقد كاله المؤجر حط قسطه من الأجرة إن كانت الإجارة في الذمة ؛ لأنه لم يفِ بالمشروط ، وكذا إن كانت إجارة عين ولم يعلم المستأجر النقص فإن علمه لم يحط شيء من الأجرة ؛ لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل وذلك كاف في تقرير الأجرة . أما النقص الذي لا يؤثر كالذي يقع به التفاوت بين الكيلين أو الوزنين فلا عبرة به (**ولو أعطاه**) أي خياطاً (**ثوباً ليخيطه**) ، وأذن له المالك في قطعه (**فخاطه قباء وقال**) للمالك (**أمرتني بقطعه قباء فقال**) المالك للخياط (**بل**) أمرتك بقطعه (**قميصاً**) ، فعليك الأرش (**فالأظهر تصديق المالك بيمينه**) كما لو اختلفا في أصل الإذن فيحلف إنه ما أذن له في قطعه قباء ولا يحتاج أن يتعرّض للقميص . والثاني : يصدق الخياط بيمينه ؛ لأن المالك يدّعي عليه الأرش والأصل براءة ذمّته .

تنبيه : لو عبر المصنف بالمذهب لكان أولى ، فإن في المسألة طرقاً أصحها طريقة القولين (**و**) على الأوّل (**لا أجرة عليه**) أي المالك للخياط إذا حلف المالك ؛ لأن عمل الخياط صار حينئذ غير مأذون فيه (**وعلى الخياط أرش النقص**) ؛ لأنه إذا انتفى الإذن

فصـــل

لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِعُذْرٍ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ وَسَفَـرٍ وَمَرَضِ مُسْتَـأْجِرِ دَابَّـةً لِسَفَرٍ ،

فالأصل الضمان ، وفي الأرش الواجب وجهان أحدهما ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ؛ لأنه أثبت بيمينه أنه لم يأذن في قطعه قباء . والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ، لأن أصل القطع مأذون فيه ، وصحح الأوّل الإمام وغيره . وقال الإسنوي إنه الأصح ، وصحح الثاني جمع ، واختاره السبكي وقال لا يتجه غيره ، وهذا هو المعتمد ، وللخياط نزع خيطه وعليه أرش النزع إن حصل به نقص ، وله منع المالك من شدّ خيط في خيط الخياطة يجره في المدروز مكانه إذا نزع ؛ لأنه تصرّف في ملك غيره فلا يجوز إلا برضاه ، وحيث قلنا : لا أجرة للخياط له أن يدعي بها على المالك ، فإن نكل ففي تجديد اليمين عليه وجهان . قال في زيادة الروضة : وينبغي أن يكون أصحهما التجديد وهذه قضية مستأنفة ، ولو قال المالك للخياط : إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه ولم يكفه ضمن الأرش ، لأن الإذن مشروط بما لم يوجد وإن قال له في جوابه : هو يكفيك ، فقال اقطعه فقطعه ولم يكفه لم يضمن ؛ لأن الإذن مطلق ولو جاء الخياط مثلاً بثوب ، وقال للمالك هذا ثوبك فأنكره صدق الخياط بيمينه كما قاله البندنيجي ، فإذا حلف فقد اعترف للمالك بشيء وهو ينكره .

فصـــل

في انفساخ عقد الإجارة والخيار في الإجارة وما يقتضيهما ، وقد شرع في بيان ذلك ، فقال : (**لا تنفسخ الإجارة**) عيناً كانت أو ذمة ، ولا تفسخ (**بعذر**) في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر ، فالأوّل كمريض مؤجر دابة عجز عن خروجه معها الذي هو من أعمال الإجارة حيث كانت الدابة غير معينة . والثاني : (**كتعذر وقود حمام**) على مستأجر ، والوقود بفتح الواو بخطه ما يوقد به من حطب وغيره ، وبضمها مصدر وقدت النار (**وسفر**) بفتح الفاء عرض لمستأجر دار مثلاً لا بسكونها كما وقع للسبكي في أنه لا بدّ للمسافر من رفقة ، وهم السفر : أي المسافرون يتعذر خروجهم (**و**) كعروض (**مرض مستأجر دابة لسفر**) عليها ، والمعنى في الجميع أنه لا خلل في المعقود عليه ، والاستنابة من كل منهما ممكنة ، ومحلّ عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي . أما هو كمن استأجر شخصاً لقلع سنّ مؤلمة فزال الألم فإن الإجارة تنفسخ كما مرّ أوائل الباب لتعذر قلعها حينئذ شرعاً .

وَلَوِ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ ولاَ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الأُجْرَةِ ، وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالأَجِيرِ المُعَيَّنَيْنِ في المُسْتَقْبَلِ لاَ المَاضِي في الأَظْهَرِ ، فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ المُسَمَّى ،

تنبيه : يستثنى من ذلك إجارة الإمام ذميًا للجهاد ، وتعذر لصلح حصل قبل مسير الجيش فإنه عذر للإمام يسترجع به كلّ الأجرة كما قاله الماوردي ، وإفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضيّ المدّة فإنه يوجب للمؤجر الفسخ كما أطلقه في الرّوضة وأصلها في باب التفليس ، وعدم دخول الناس الحمام المستأجر بسبب فتنة حادثة أو خراب الناحية ليس بعيب يثبت الخيار كما قاله الزركشي خلافاً للروياني إذ لا خلل في المعقود عليه ، **(ولو استأجر أرضاً لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة)** أصابته من سيل أو شدّة برد أو حرّ أو أكل جراد أو غير ذلك **(فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة)** ؛ لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة الأرض ، فلو تلفت الأرض بجائحة أبطلت قوّة الإنبات انفسخت الإجارة في المدّة الباقية ، فلو تلف الزرع قبل تلف الأرض وتعذر إبداله قبل الانفساخ بتلفها لم يستردّ من المسمى لما قبل التلف شيئاً كما رجحه ابن المقري ؛ لأن صلاحية الأرض لو بقيت لم يكن للمستأجر فيها نفع بعد فوات الزرع ، وأما بعد التلف فيستردّ ما يقابله من المسمى لبطلان العقد فيه ، وإن تلفت الأرض أوّلاً استردّ أجرة المستقبل وكذا الماضي كما في جواهر القمولي ، وإن اقتضى كلام ابن المقري خلافه **(وتنفسخ)** الإجارة **(بموت الدابة والأجير المعينين)** وكذا معين غيرهما لكن الانفساخ **(في)** الزمن **(المستقبل)** لفوات المعقود عليه ، وهو المنفعة قبل قبضها كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل قبضه .

تنبيه : لا فرق بين أن يكون الموت بآفة سماوية أو بغيرها كإتلاف المستأجر . فإن قيل : لو أتلف المشتري المبيع استقرّ عليه الثمن فهلا كان المستأجر كذلك ؟ . أجيب بأن البيع ورد على العين فإذا أتلفها صار قابضاً لها ، والإجارة واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصوّر ورود الإتلاف عليها ، ولو قال المصنف : وتنفسخ بتلف العين المستأجرة لكان أخصر وأشمل واستغنى عما قدّرته **(لا)** في الزمن **(الماضي)** ، إذا كان بعد القبض ولمثله أجرة **(في الأظهر)** لاستقرارها بالقبض **(فيستقرّ قسطه من المسمى)** موزعاً على قيمة المنفعة لا على الزمان ، فلو كانت مدّة الإجارة سنة مثلاً ومضى نصفها وأجرة مثله ضعف أجرة مثل النصف الباقي وجب من المسمى ثلثاه وإن كان بالعكس فثلثه ، والاعتبار

وَلاَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ، وَلَوْ أَجَّرَ الْبَطْنَ الأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا ، أَوِ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لاَ يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِالاحْتِلاَمِ فَالأَصَحُّ انْفِسَاخُهَا في الْوَقْفِ لاَ الصَّبِيِّ ،

بقيمة المنفعة حالة العقد لا بما بعده قاله القاضي حسين . والثاني : ينفسخ فيه أيضاً ؛ لأن العقد واحد ، وقد انفسخ في البعض فلينفسخ في الباقي . أما إذا كان قبل القبض أو بعده ولم يكن لمثله أجرة فإنه ينفسخ في الجميع ، واحترز بالمعين عما في الذمّة فلا ينفسخ بتلفهما لأن العقد لم يرد عليهما ، فإذا أحضرا وماتا في خلال المدّة أبدلا كما مرّ (ولا تنفسخ) الإجارة ولو ذمّة كما في البسيط (بموت العاقدين) أو أحدهما بل تبقى إلى انقضاء المدّة لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بالموت كالبيع ، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة ، وإنما انفسخت بموت الأجير المعين لأنه مورد العقد لا لأنه عاقد فلا يستثنى من عدم الانفساخ . لكن استثنى منه مسائل : منها ما لو أجر عبده المعلق عتقه بصفة فوجدت مع موته ، فإن الإجارة تنفسخ على الأصح كما اقتضاه كلام الرافعي . ومنها ما لو أجر أمّ ولده ومات في المدّة فإن الإجارة تنفسخ بموته خلافاً لما اقتضاه كلام الرافعي في باب الوقف . ومنها المدبر فإنه كالمعلق عتقه بصفة . ومنها موت البطن الأوّل كما سيأتي . ومنها الموصي له بمنفعة دار مثلاً مدّة عمره ، وما قيل من أن الوصية بالمنفعة إباحة لا تمليك فلا تصحّ إجارتها مردود بأن ذلك محله ؛ كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الوصية بأن ينتفع بالدار لا بمنفعتها كما هنا ، وردّ بعضهم استثناء هاتين المسألتين بأن الانفساخ ليس لموت العاقد بل لانتهاء حقه بالموت وليس الردّ بظاهر (و) لا تنفسخ أيضاً بموت (متولي) أي ناظر (الوقف) من حاكم أو منصوبه أو من شرط له النظر على جميع البطون ، ويستثنى من إطلاقه ما لو كان الناظر هو المستحق للوقف وأجر بدون أجرة المثل ، فإنه يجوز له ذلك كما صرّح به الإمام وغيره ، فإذا مات في أثناء المدة انفسخت كما قاله ابن الرفعة (ولو أجر البطن الأوّل) من الموقوف عليهم العين الموقوفة (مدّة ومات) البطن المؤجر (قبل تمامها) وشرط الواقف لكل بطن منهم النظر في حصته مدّة استحقاقه فقط (أو الوليّ صبياً) أو ماله (مدّة لا يبلغ فيها) الصبي (بالسنّ فبلغ) فيها (بالاحتلام) وهو رشيد كما قاله الماوردي وغيره (فالأصحّ انفساخها) فيما بقي من المدّة (في الوقف) ؛ لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجر لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة (لا) في (الصبي) فلا تنفسخ ؛ لأن الوليّ بنى تصرّفه على المصلحة . والثاني : لا تنفسخ في الوقت كالملك وتنفسخ في الصبي لتبين عدم

وَأَنَّهَا تَنْفَسِخ بِانْهِـدَامِ الدَّارِ، لَا انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ اسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ، بَلْ يَثْبُتُ الخِيَارُ،

الولاية فيما بعد البلوغ . أما الماضي من المدّة فلا تنفسخ فيه ، ولو كانت المـدّة يبلغ فيها بالسنّ بطلت الإجارة فيما بعد البلوغ ، وفيما قبله قولاً تفريق الصفقة ، ولو أجر الوليّ مال المجنون فأفاق في أثناء المـدّة فكبلوغ الصبي بالاحتلام . أما إذا بلغ الصبي سفيهاً فهو كالصبي في استمرار الولاية عليه .

تنبيه : لو أجر أحد الموقوف عليهم المشروط له النظر بالأرشدية ثم مات انفسخت الإجارة في نصيبه خاصة ، كما أشار إليه الأذرعي وآعتمده الغزي في الفتوى . وقول المصنف : البطن الأوّل ليس بقيد ، بل كلّ البطون كذلك . قال الزركشي : واحترز بقوله البطن الأوّل عما لو كان المؤجر الحاكم أو الواقف أو منصوبه ومات عن البطن الأوّل كما أوضحه ابن الرفعة ، فالصحيح عدم الانفساخ ؛ لأن العاقد ناظر للكل قال : ولو أجر الناظر للبطن الثاني فمات البطن الأوّل انتقلت منافع الوقف إليهم فتنفسخ الإجارة ؛ لأنه صار مستحق المنافع ولا يستحق لنفسه على نفسه (و) الأصح (**أنها تنفسخ**) في المستقبل (**بانهدام**) كل (**الدار**) لزوال الإسم وفوات المنفعة ، بخلاف المبيع المقبوض لا ينفسخ البيع بتلفه في يد المشتري ؛ لأن الاستيلاء في البيع حصل على جملة المبيع والاستيلاء على المنافع المعقود عليها لا يحصل إلا شيئاً فشيئاً .

تنبيه : لو هدمها المستأجر كان الحكم كذلك كما صرّح به البغوي . وأما قول الشيخين في النكاح : إن المستأجر لو خرب الدار ثبت له الخيار فهو محمول على تخريب يحصل به تعييب لا هدم كامل ، ولهذا زدت في المتن كل ليخرج ما لو انهدم بعضها ، فإنها لا تنفسخ بل يثبت للمستأجر الخيار . نعم إن أمكن إصلاحه في الحال وأصلحه المؤجر سقط خيار المستأجر و (لا) تنفسخ الإجارة بسبب (**انقطاع ماء الأرض استؤجرت لزراعة**) لبقاء الاسم مع إمكان زرعها بغير الماء المنقطع (**بل يثبت الخيار**) للعيب وهو على التراخي ؛ لأن بسببه تعذر قبض المنفعة ، وذلك يتكرر بمرور الزمان . هذا إن لم يسق المؤجر الماء إليها من موضع آخر مع بقاء وقت الزراعة ولم تمض مدّة لمثلها أجرة وإلا فلا خيار .

تنبيه : الانفساخ في الأول وثبوت الخيار في الثانية هو المنصوص عليه فيهما. ومنهم

وَغَصْبُ الدَّابَّةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الخِيَارَ، وَلَوْ أَكْرَى جِمَالاً وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ المُكْتَرِي رَاجَعَ الْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الجَمَّالِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَـهُ مَالاً اقْتَـرَضَ عَلَيْهِ ، فَـإِنْ وَثِقَ بِالمُكْتَـرِي دَفَعَهُ إِلَيْـهِ ، وَإِلاَّ جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ ، وَلَهُ

من نقل وخرّج وجعل في المسألتين قولين ، وإذا لم يمكن زراعة الأرض بغير الماء المنقطع ، فقضية ما ذكر أنه تنفسخ الإجارة ، وهو كما قال بعض المتأخرين ظاهر .

فرع : تعطيل الرحى لانقطاع الماء والحمام لخلل الأبنية أو لنقص الماء في بئره ونحوه كانهدام الدار كما ذكراه في الشرح والرّوضة آخر الباب ، وقضيته الانفساخ ، والقياس ثبوت الخيار كانقطاع ماء الأرض لبقاء اسم الحمام والرّحى كما أشار إليه في المهمات (وغصب الدابة) وندّها (وإباق العبد) بغير تفريط من المستأجر إذا وقعت الإجارة على عينهما (يثبت الخيار) لتعذر الاستيفاء ، وإذا فسخ انفسخ فيما بقي من المدّة ، وفيما مضى الخلاف السابق في موت الدابة المعينة . نعم إن بادر المؤجر وانتزع من الغاصب وردّ النادة ، والآبق قبل مضي مدّة لمثلها أجرة سقط خيار المستأجر ، وإنما لم تنفسخ الإجارة لبقاء عين المعقود عليه ، فإن أجازوا التقدير بالعمل كبعير يركبه إلى مكة استوفاه متى قدر عليه ؛ لأن المنفعة المقدرة بعمل وإن وجب تسليمها عقب العقد لا تفوت بمضي الزمان أو بالزمان انفسخت الإجارة فيما انقضى منه واستعمل العين في الباقي ، فإن لم يفسخ وانقضت المدّة انفسخت الإجارة ، فإن كان بتفريط من المستأجر لزمه المسمى كما لو فرط في الرّقبة ضمنها قاله الماوردي ، وليس للمستأجر مخاصمة الغاصب كالمستعير والمودع .

تنبيه : محل الخلاف في غصب الأجنبي . أما إذا غصبها المالك بعد القبض أو قبله بامتناعه من الإقباض فطريقان : أحدهما كغصب الأجنبي ، وأصحهما القطع بالانفساخ وإن غصبها المستأجر ، ويتصوّر بأخذها من المالك بغير إذنه قبل انقضاء الإجارة استقرّت الأجرة عليه ، وفي إجارة الذمّة لا خيار وعلى المؤجر الإبدال (ولو أكرى جمالاً) بعينها أو في الذمة وسلم عينها (وهرب وتركها عند المكتري) فلا فسخ له ولا خيار أيضاً بل إن شاء تبرّع بمؤنتها وإلا (راجع القاضي ليمونها) ومن يقوم بحفظها (من مال الجمال ، فإن لم يجد له مالاً) ولم يكن في الجمال فضل (اقترض) القاضي (عليه) من المكتري أو أجنبيّ أو بيت المال (فإن وثق) القاضي (بالمكتري دفعه) أي ما اقترضه (إليه) وإن اقترضه منه لينفقه عليها (وإلا) بأن لم يثق به (جعله) أي ما اقترضه القاضي (عند ثقة) ينفق عليها (وله) أي

أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَـةِ ، وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَـرِي فِي الإِنْفَاقِ مِنْ مَـالِهِ لِيَـرجِعَ جَـازَ فِي الأَظْهَرِ ، وَمَتَى قَبَضَ المُكْتَـرِي الدَّابَّـةَ أَوِ الـدَّارَ وَأَمْسَكَهَـا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ اسْتَقَرَّتِ الأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ،

القاضي إن لم يجد مـالاً يقترضه كما في الـروضة وأصلهـا **(أن يبيع منهـا قدر النفقـة)** عليها وعلى متعهدها .

تنبيـه : أفهم قوله : فإن لم يجد له مالاً أنـه لو كـان في الجمال المتـروكة زيـادة على حاجة المستأجر لا يقترض عليه كما صرّح به العراقيون بل يبيع الفاضل عن الحاجة ، وأشار بقوله : منها إلى أنه لا يجوز له بيع جميعها خشية أن تأكل أثمانها ، وبه صـرّح جمع . قـال الأذرعي : والظاهر أنه في إجارة الـذمة إذا رأى المصلحـة في بيعها ويكتـري للمستأجـر من ثمنها كان له ذلك ، حيث يجوز له بيع مال الغائب للمصلحة **(ولو أذن)** القاضي **(للمكتـري في الإنفاق)** على الجمال ومتعهدها **(من ماله)** أو مـال غيره **(ليـرجع)** بمـا أنفقه عليهـا وعلى متعهدها **(جـاز في الأظهر)** كمـا لو اقتـرض ثمّ دفع إليـه ، ولأنه محـل ضرورة فقـد لا يجد القاضي من يقرضه أو لا يراه . والثاني : المنع ويجعل متبرّعاً .

تنبيـه : أفهم كـلام المصنف أنـه متى أنفق بغيـر إذن الحـاكم لم يـرجـع ، ومحله إذا أمكن ، فإذا لم يمكن كأن لم يكن حاكم أو عسر إثبات الواقعة عنده ، فأنفق وأشهد على ما أنفق ليرجع رجع ويحفظها القاضي بعد المدّة أو يبيع منها بقـدر ما اقتـرض ، وإن خشي أن تأكل نفسها لو باع بعضها بـاع الكل ، والقـول قولـه في قدر مـا أنفق إذا ادّعى نفقة مثله في العادة ؛ لأنه أمين ، واحتـرز بقولـه : أولاً وتركهـا عما لـو أخذهـا الجمال معـه . وحكمه أن الإجارة إن كانت في الذمة اكترى الحاكم عليه من ماله ، فإن لم يجـد له مـالاً اقترض عليـه واكترى ، فإن تعذر الاكتراء عليه فللمستأجر الفسخ وإن كانت إجارة عين فله الفسـخ كما إذا ندّت الدابة **(ومتى قبض المكتري)** العين المؤجرة **(الدابة أو الدار)** أو غيرهما في إجارة عين أو ذمـة **(وأمسكها حتى مضت مـدّة الإجـارة استقـرّت الأجـرة)** عليـه **(وإن لم ينتفـع)** لتلف المنافع تحت يده فيستقرّ عليه البدل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري ، وسواء أترك الانتفاع اختياراً أم لعذر كخوف الطريق أو لعدم الرّفقـة مع أنـه لو خـرج في حالـة الخوف ضمنهـا ، وليس لـه فسخ ولا إلـزام المكري بـاسترداد الـدابة إلى تيسـر الخروج ؛ لأنـه إذا خـاف من

وَكَذَا لَـوِ اكْتَرَى دَابَّـةً لِرُكُـوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ وَتَسْتَقِرُّ فِي الإِجَـارَةِ الْفَاسِـدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْـلِ بِمَا يَسْتَقِـرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ ،

الخروج إلى تلك البلدة أمكنه السير إلى بلد آخر واستعمالها تلك المـدة ، وإذا مضت المدة فليس له الانتفاع ، فإن فعل لزمه أجرة المثل مع المسمى .

تنبيـه : أفهم قوله : قبضها أن المؤجر لو عرضهـا عليه فـآمتنع أو وضعهـا بين يديـه أو خلى بينه وبين الدار ومضت مدّة الإجارة أن الأجرة لا تستقرّ ، وليس مراداً ، بل تستقـرّ عليه الأجرة كما في البحـر وغيره **(وكـذا لو اكتـرى دابة لـركوب إلى مـوضع)** معين **(وقبضهـا)** أو عرضت عليه فآمتنع أو وضعها بين يديه كما مـرّ **(و)** لم يسر حتى **(مضت مـدّة إمكان السيـر إليه)** فإن الأجر تستقر عليه لوجـود التمكين من المؤجر ، وهـذه الصورة في الإجـارة المقدرة بالعمل والتي قبلها في المقدرة بالمدّة **(وسواء فيه)** أي المذكور من هاتين المسألتين **(إجـارة العين والذمة)** وقوله **(إذا سلم)** المؤجر **(الدابـة الموصـوفة)** للمستأجر قيـد في إجارة الـذمة لتعين حقـه بالتسلم وحصـول التمكين ، فإن لم يسلمهـا إليه لم يستحق عليـه الأجـرة ؛ لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقرّ بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه .

تنبيـه : تقييـد المصنف المسألـة بالـدابة قـد يوهم أنـه لو عقـد على منفعة الحـرّ ولم يستعمله حتى مضت المدة لا تستقر الأجرة ، وليس مراداً وإن قـال به القفـال بل تستقـرّ كما قاله الأكثرون ، فلو قال المصنف أوّلاً ، ومتى قبض المكتري المؤجر لشمل هذه المسـألة .
ثم أشار لفرع من قاعدة : أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه بقوله **(وتستقـر في الإجارة الفاسدة)** سواء أقدرت بعمل أم بمدة **(أجرة المثل)** سواء أكـانت أكثر من المسمى أم لا **(بمـا يستقر بـه المسمى في الصحيحة)** سـواء انتفع بهـا أم لا بخـلاف المهـر في النكـاح الفاسد لا يجب إلا بالوطء ، إذ اليد لا تثبت على منافع البضع ، وإنمـا لزمـه أجرة المثـل ؛ لأن الإجارة كالبيع والمنفعة كـالعين ، والبيع الفـاسد كـالصحيح في الضمـان بالقبض فكـذا الإجارة .

تنبيـه : يستثنى من التسوية التخلية فإنها تكفي في قبض العقار في الإجـارة الصحيحة ولا تكفي في الفـاسدة ، بـل لا بدّ من القبض الحقيقي وكـذا الـوضـع بين يـديـه يكفي في

وَلَوْ أَكْرَى عَيْناً مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتِ انفَسَخَتِ ، وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلى مَوْضِعٍ ولم يُسلِّمْهَا حتَّى مضتْ مُدَّةُ السيْرِ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لاَ تَنْفَسِخُ ، وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لاَ تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ

الصحيحة دون الفاسدة ، وكذا لو عرض المؤجر العين على المستأجر في الإجارة الفاسدة ، فامتنع لم تستقرّ الأجرة ؛ لأن الأجرة إنما تستقرّ بعقد صحيح ويتمكن فيه من استيفاء المنفعة أو بأن تتلف المنفعة تحت يده ولم يوجد أحدهما ، وعلى المستأجر في الفاسدة ردّ العين المؤجرة ، وليس له حبسها لاسترداد الأجرة كما في التتمة .

قاعدة : كل عقد فسد سقط فيه المسمى إلا إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار على سكنى الحجاز فسكنوا ومضت المدّة فيجب المسمى لتعذر أجرة المثل ؛ لأنهم استوفوا المنفعة وليس لمثلها أجرة ، إذ لا مثل لها تعتبر أجرته فرجع إلى المسمى ، وخرج بالفاسدة الباطلة ، كاستئجار صبيّ بالغاً على عمل فعمله ، فإنه لا يستحق شيئاً (**ولو أكرى عيناً مدّة ولم يسلمها**) المكري (**حتى مضت**) تلك المدة (**انفسخت**) تلك الإجارة لفوات المعقود عليه قبل قبضه سواء استوفى المكري تلك المنفعة أم لا ، وسواء أمسكها لقبض الأجرة أم لغيره ، فإن مضى بعض المدة ثم سلمها انفسخت في الماضي وثبت الخيار في الباقي (**ولو لم يقدر**) في الإجارة (**مدة وأجر**) له دابة (**لركوب إلى موضع**) معين (**ولم يسلمها**) إليه (**حتى مضت مدة**) إمكان (**السير**) إليه (**فالأصح أنها**) أي الإجارة (**لا تنفسخ**) ؛ لأن هذه الإجارة معلقة بالمنفعة لا بالزمان فلم يتعذر الاستيفاء . والثاني : تنفسخ كما لو حبسها المكتري تلك المدة فإن الأجرة تستقر عليه ، وأجاب الأوّل : بأنا لو لم نقدر عليه الأجرة لضاعت المنفعة على المكري ، وعلى الأوّل لا خيار للمكتري كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع ثم سلمه .

تنبيه : احترز المصنف بالعين عن إجارة الذمة إذا لم يسلم ما تستوفي منه المنفعة حتى مضت المدة التي يمكن فيها استيفاؤها ، فلا فسخ ولا انفساخ قطعاً لأنها دين تأخر وفاؤه (**ولو أجر عبده ثم أعتقه**) أو باعه أو وقفه (**فالأصح**) المنصوص في الأمّ ، وعبر في الرّوضة بالصحيح (**أنها لا تنفسخ الإجارة**) ؛ لأن السيد تبرّع بإزالة ملكه ولم تكن المنافع له وقت العتق فلم يصادف العتق إلا الرقبة مسلوبة المنفعة ، والثاني : تنفسخ كموت البطن الأوّل .

وأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ ، والأَظْهَرُ أَنَّهُ يَرجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بعْد الْعِتْقِ ، ويَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْتأجَـرَةِ لِلْمُكْتَرِي ،

تنبيـه : آحترز المصنف بقوله : ثم أعتقه عما لو علق عتقه بصفة ثم أجره فوجدت الصفة في أثناء المدة فإنه يعتق وتنفسخ الإجارة ، وعما لو أجر أمّ ولده ثم عتقت بموته فإن الإجارة تنفسخ كما اقتضاه كلام الروضة وأصلها هنا ، وإن اقتضى كلامهما في باب الوقف خلافه ، ولو أجر أمته مدة ثم استولدها ثم مات في أثناء المدة لم تنفسخ كما قاله ابن الرفعة لتقدم استحقاق المنفعة على سبب العتق **(و)** الأصح **(أنه لا خيار للعبد)** في فسخ الإجارة بعد العتق ؛ لأن سيده تصرّف في خالص ملكه فلا ينقض ويستوفي المستأجر منفعته ، والثاني : له الخيار كالأمة تعتق تحت عبد . قال الروياني : وهو غلط ؛ لأن خيارها ثبت لنقصه ولم يرض به وقت العقد ، وهذا المعنى مفقود هنا **(والأظهر)** على الأوّل **(أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق)** إلى آنقضاء المدة . والثاني : يرجع بأجرة مثله لتفويت السيد له ودفع هذا ، ومقابل الأصح في الأولتين بأن الإعتاق تناول الرقبة خالية عن المنفعة بقية مدة الإجارة ، ولا نفقة على السيد وينفق عليه من بيت المال ؛ لأن السيد قد زال ملكه عنه وهو عاجز عن تعهد نفسه .

تنبيه : أفهم كلام المصنف أمرين : أحدهما أنه لو مات المؤجر ثم أعتقه وارثه أنه لا يرجع العبد بشيء عليه قطعاً وهو كذلك ؛ لأنه لم يعقد عليه عقداً ثم نقضه . ثانيهما : أنه لو أقرّ بعتق سابق على الإجارة عتق ولم يقبل في بطلان الإجارة وأنه يغرم للعبد أجرة مثله ، وهو كذلك كما نقلاه عن الشيخ أبي علي قبيل كتاب الصداق وأقراه ، وكما لا تنفسخ الإجارة بطروّ الحريّة لا تنفسخ بطروّ الرقّ ، فلو استأجر مسلم حربياً فاسترق أو آستأجر منه داراً في دار الحرب ثم ملكها المسلمون لم تنفسخ الإجارة وإن أجر داراً بعبد ثم قبضه وأعتقه ثم انهدمت فالرجوع بقيمته ، ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق وفسخ المستأجر الإجارة ملك العتيق منافع نفسه ؛ لأنه صار مستقلاً . فإن قيل لو بيع المؤجر وانفسخت الإجارة أن المنفعة ترجع للبائع لا للمشتري كما يأتي آخر الباب ، فكان القياس أنها ترجع للسيد كما رجحه الإسنوي . أجيب بأن العتق لما كان متقرّباً به والشارع متشوّفاً إليه كانت منافع العتيق له نظراً لمقصود العتق من كمال تقرّبه ، بخلاف البيع ونحوه ، ولو أجر المكاتب نفسه ثم عجزه سيده آنفسخت الإجارة لزوال ملكه عن نفسه ، ولا تصح مكاتبة المؤجر ، إذ لا يمكنه التصرّف لنفسه **(ويصحّ بيع)** العين **(المستأجرة)** قبل آنقضاء مدّة الإجارة **(للمكتري)** لأنها

وَلاَ تَنْفَسِـخُ الإِجَارَةُ في الأَصَحِّ ، ولَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِه جَازَ فِي الأَظْهَرِ ولاَ تَنْفَسِخُ .

بيده من غير حائل ، فأشبه بيع المغصوب من الغاصب **(ولا تنفسخ الإجارة في الأصح)** ؛ لأن الملك لا ينافيها ، ولهذا يستأجر ملكه من المستأجر . والثاني : تنفسخ كما لو اشترى زوجته فإن النكاح ينفسخ . وأجاب الأوّل بأنه إنما ينتقل إلى المشتري ما كان للبائع والبائع حين البيع ما كان يملك المنفعة ، بخلاف النكاح فإن السيد يملك منفعة بضع أمته المزوّجة بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر للسيد لا للزوج .

تنبيه : قول المصنف : في الأصح راجع إلى الانفساخ . أما البيع فصحيح قطعاً كما في أصل الروضة **(ولو باعها)** المؤجر أو وهبها **(لغيره)** أذن المستأجر أم لا **(جاز في الأظهر)** ؛ لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوّجة . والثاني : لا يجوز ؛ لأن يد المستأجر مانعة من التسليم . وأجيب بأن العين تؤخذ منه وتسلم للمشتري ثم تعاد إليه يستوفي منفعتها إلى آخر المدة ويعفى عن القدر الذي يقع التسليم فيه ؛ لأنه يسير لا يثبت فيه خيار المستأجر كما لو انسدت بالوعة الدار فلا خيار ؛ لأن زمن فتحها يسير .

تنبيه : ما أطلقه المصنف من الصحة تبع فيه الجمهور ، ومحله إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة ، فإن قدرت بعمل غير مقدر بمدة كأن استأجر دابة للركوب إلى بلد كذا ، فعن أبي الفرج الزازان : البيع ممتنع قولاً واحداً لجهالة مدة السير ذكره البلقيني ، ويقاس بالبيع ما في معناه ، ويستثنى من محلّ الخلاف مسألة هرب الجمال السابقة ؛ فإنه يباع من الجمال قدر النفقة ، قالا ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجر ؛ لأنه محل ضرورة ، والبيع الضمني كأعتق عبدك عني على كذا فأعتقه عنه وهو مستأجر فإنه يصح قطعاً لقوّة العتق كما نقلاه عن القفال في كفارة الظهار وأقرّاه **(ولا تنفسخ)** الإجارة بما ذكر قطعاً كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوّجة من غير الزوج فتبقى في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري الخيار إن جهل الإجارة ، وكذا إن علمها وجهل المدة كما قاله الرّافعي في باب بيع الأصول والثمار ، ولو قال : علمت بالإجارة ولكن ظننت أن لي أجرة ما يحدث على ملكي من المنفعة . قال الغزالي في فتاويه : ثبت له الخيار إن كان ممن يشتبه عليه ذلك ، وأجاب أبو بكر الشاشي بالمنع . قال الزركشي : والأوّل أوجه ؛ لأنه مما يخفى فإن علمها ولم يكن ذلك فلا خيار ولا أجرة ، وإن جهل ثم علم وأجاز فلا أجرة له لبقية المدة كما قاله

البغوي ، ولو وجد المستأجر به عيباً وفسخ الإجارة أو عرض ما تنفسخ به الإجارة فمنفعته بقية المدة للبائع في أحد وجهين رجحه ابن المقري لا للمشتري ؛ لأنه لم يملك منافع تلك المدة ؛ ولأن الفسخ يرفع العقد من حينئذ لا من أصله .

خاتمة : لو ألزم ذمّته نسج ثوب على أن ينسجه بنفسه لم يصح التزامه ؛ لأنه غرر فإنه ربما يموت قبل النسج ، ولو استأجر شخصاً للخدمة ولو مطلقاً عن ذكر وقتها وتفصيل أنواعها صح ، وحمل الإطلاق على العرف في المستأجر والأجير رتبة وذكورة وأنوثة ومكاناً ووقتاً وغيرها ، وإن استأجر للخبز بين أن ما يخبزه أرغفة أو أقراص غلاظ أو رقاق ، وأنه يخبز في فرن أو تنور ، وحطب الخباز كحبر النساخ فيعتبر فيه العرف ، وعلى الأجير لغسل الثياب أجرة من يحملها إليه ؛ لأن حملها إليه من تمام الغسل : إلا إن شرطت الأجرة على المستأجر فتلزمه ، ولو استعار دابة ليركبها إلى بلد فركبها إليه ردّها إلى المكان الذي سار منه ولو راكباً لها ؛ لأن الرّدّ لازم له ، فالإذن يتناوله بالعرف بخلاف المستأجر كما مرّ ، إذ لا ردّ عليه ، ولو استأجره لكتابة صكّ في بياض وكتبه غلطاً أو بلغة أخرى غير التي عينها له ، أو غير الناسخ ترتيب الكتاب ، بحيث لا يمكن البناء عليه سقطت أجرته وضمن نقصان الورق ، ولو استأجره لخياطة ثوب ، فخاط نصفه مثلاً ثمّ تلف استحقّ النصف من المسمى ، إن كان العمل في ملك المستأجر أو بحضرته لأنه حينئذ يقع العمل مسلماً وإلا فلا يستحق شيئاً ، ولو تلفت جرّة حملها الأجير نصف الطريق لم يستحق شيئاً ، والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب فوقع العمل مسلماً بظهور أثره ، والحمل لا يظهر أثره على الجرة فعلم بذلك أنه يعتبر في وجوب القسط وقوع العمل مسلماً وظهور أثره على المحل وغرق الأرض تنفسخ به الإجارة كانهدام الدار ، فإن توقع انحساره في المدّة انفسخت الإجارة فيما مضى وثبت للمستأجر الخيار ، وإن غرق بعضها انفسخ العقد فيه ، وله الخيار في الباقي في بقية المدة ، وهل الخيار على الفور أو التراخي ؟ اختلف مفتو عصرنا فيه ، والأوجه الأوّل كما أفتى به شيخي ؛ لأنه خيار عيب ، وضمان العهدة من شخص للمستأجر جائز ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق وإن توجه الحبس على أجير العين ولم يمكن العمل في الحبس أخرجه القاضي منه مدة العمل تقديماً لحقّ المستأجر ويستوثق عليه مدة العمل إن رآه كأن خاف هربه . أما أجير الذمة فليطالب بتحصيل العمل بغيره ، فإن امتنع حبس بالحقين ، ولو أكره بعض الرعية شخصاً على غسل ميت لزمه أجرة المثل ، أو الإمام وللميت تركة وجبت فيها وإلا ففي بيت المال إن وسع وإلا فلا شيء ، وللأب إيجار ابنه الصغير المميز لإسقاط

نفقته عنه ، وله استئجاره كما يشتري ماله ، ولو أجر الأب لابنه عيناً ثم مات أحدهما وورثه الآخر لم تنفسخ الإجارة ؛ لأنها تجتمع مع الملك ، وفائدة عدم الانفساخ عدم تعلق الدين بالعين المستأجرة ، ولو خلف المؤجر ابنين أحدهما مستأجر منه دون الآخر فالرقبة بينهما بالإرث والإجارة مستمرّة ، ولو استأجر سفينة فدخل فيها سمك ففيه وجهان حكاهما ابن جماعة في فروعه أوجههما أنه للمستأجر ؛ لأنه ملك منافع السفينة ويده عليها فكان أحقّ به .

كِتَابُ إِحْيَاءِ ٱلْمَوَاتِ

الأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إنْ كانَتْ بِبِلَادِ الإِسْلَامِ فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالإِحْيَاءِ ،

كِتَابُ إِحْيَاءِ ٱلْمَوَاتِ ، وَمَا يُذْكَرُ مَعَهُ

قال الرافعي في الشرح الصغير : الموات الأرض التي لا ماء لها ولا ينتفع بها أحد . وقال الماوردي والروياني : حدّ الموات عند الشافعي ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر ، قرب من العامر أو بعد ، وكلام المتن يوافق ذلك حيث قال هنا : **(الأرض التي لم تعمر قط)** وقال فيما بعد : ولا يملك بالإحياء حريم معمور . والأصل فيه قبل الإجماع إخبار كخبر «مَنْ عَمَّرَ أَرْضاً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بها»[1] رواه البخاري والتمليك به مستحب كما ذكره في المهذب ووافق عليه المصنف لحديث «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ وَمَا أَكَلَتِ العَوَافِي : أَيْ طلابُ الرِّزْقِ مِنْهَا فَهُوَ صَدَقَةٌ»[2] رواه النسائي وغيره وصححه ابن حبان . قال ابن الرفعة : وهو قسمان : أصليّ وهو ما لم يعمر قط ، وطارىء وهو ما خرب بعد عمارة الجاهلية ، ولا يشترط في نفي العمارة التحقق بل يكفي عدم تحققها بأن لا يرى أثرها ولا دليل عليها من أصل شجر ونهر وجدر وأوتاد ونحوها ، **(إن كانت)** تلك الأرض **(ببلاد الإسلام فللمسلم)** أي يجوز له **(تملكها بالإحياء)** وإن لم يأذن له فيه الإمام اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ كما وردت به الأحاديث المشهورة ، ولأنه مباح كالاحتطاب والاصطياد لكن يستحب استئذانه خروجاً من الخلاف . نعم لو حمى الإمام لنعم الصدقة موضعاً من الموات فأحياه شخص لم يملكه إلا بإذن الإمام لما فيه من الاعتراض على الأئمة .

تنبيه : تعبير المصنف بالتملك قد يفهم التكليف ؛ لأن الصبي والمجنون لا يتملكان بل يملكان ، وكلام القاضي أبي الطيب يفهمه ، لكن الأصحّ أنه لا فرق كما صرّح به

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٢٣ في الحرث والمزارعة «٢٣٣٥» .

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى وابن حبان (١١٣٦ و ١١٣٧ و ١١٣٨) وأحمد ٣/ ٣١٣ والبيهقي ٦/ ١٤٨ .

وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيّ ، وَإِنْ كانَتْ بِبِلَادِ كُفَارٍ فَلَهُمْ إحْيَاؤُهَا ، وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إنْ كانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ المُسْلِمِينَ عَنْهَا ،

الماوردي والروياني ويرد على قوله . فللمسلم ما لو تحجر مسلم مواتاً ولم يترك حقه ولم تمض مدّة يسقط فيها حقه فلا يحل للمسلم تملكه وإن كان لو فعل ملكه وإن حمل الجواز في كلامه على الصحة فلا إيراد ، ويستثنى من إطلاقه تملك الأرض التي لم تعمر ما تعلق بها حقّ المسلمين عموماً كالطريق والمقبرة وكذا عرفة ومزدلفة ومنى وما حماه النبيّ ﷺ لنعم الصدقة كما ذكره بعد ، ومن مفهوم قوله : لم تعمر قط ما كان معموراً في الجاهلية ثم خرب وبقي آثار عمارتهم ، فللمسلم تملكه كما سيذكره ، وما عمره الكافر في موات دار الإسلام فإنه لا يملكه كما قال **(وليس هو)** أي إحياء الأرض المذكورة **(لذميّ)** ولا لغيره من الكفار كما فهم بالأولى وإن أذن له فيه الإمام ؛ لأنه استعلاء وهو ممتنع عليهم بدارنا ، فلو أحيا ذميّ أرضاً نزعت منه ولا أجرة عليه فلو نزعها منه مسلم وأحياها ملكها وإن لم يأذن له الإمام كما في زيادة الروضة إذ لا أثر لفعل الذميّ ، فإن بقي له فيها عين نقلها ، ولو زرعها الذمي وزهد فيها صرف الإمام الغلة في المصالح ، ولا يحلّ لأحد تملك الغلة وللذمي والمستأمن الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد بدارنا ونقل تراب من موات دارنا لا ضرر علينا فيه . أما الحربي فيمنع من ذلك ، لكن لو أخذ شيئاً من ذلك ملكه كما قاله المتولي **(وإن كانت)** تلك الأرض **(ببلاد الكفار)** دار حرب وغيرها **(فلهم إحياؤها)** مطلقاً ؛ لأنه من حقوق دارهم ولا ضرر علينا فيه فيملكونه بالإحياء كالصيد **(وكذا للمسلم)** أيضاً إحياؤها **(إن كانت مما لا يذبون)** بكسر المعجمة وضمها : أي يدفعون **(المسلمين عنها)** كموات دارنا ، ولا يملكها بالاستيلاء ؛ لأنها غير مملوكة لهم حتى يملك عليهم ، فإن ذبوهم عنها فليس له إحياؤها كما صرّح به في المحرّر واقتضاه كلام المصنف كالمعمور من بلادهم ، وإذا استولينا عليها وهم يذبون عنها فالغانمون أحقّ بإحياء أربعة أخماسها وأهل الخمس أحقّ بإحياء الخمس ، فإن أعرض كل الغانمين عن إحياء ما يخصهم ، فأهل الخمس أحقّ به كالمتحجر ؛ لأنهم شركاؤهم فكانوا أحقّ به اختصاصاً ، فإن صالحناهم على أن البلد لنا وهم يسكنون بجزية فالمعمور منها فيء ومواتها الذي كانوا يذبون عنه يتحجر لأهل الفيء على الأصح فيحفظه الإمام لهم فلا يكون فيئاً في الحال ، أو صالحناهم على أن البلد لهم فالمتحجر في ذلك الموات لهم تبعاً للمعمور ، كما أن تحجر موات دارنا لنا تبعاً للمعمور فإن فنى الذميون فكنائسهم في دار الإسلام كسائر أموالهم التي فنوا عنها ولا وارث لهم ، وبيع النصارى التي

وَمَا كَانَ مَعْمُوراً فِلِمَـالِكِهِ، فَـإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَالْعِمَـارَةُ إِسْلَامِيَّـةٌ فَمَالٌ ضَائِـعٌ ، وَإِنْ كانَتْ جَـاهِلِيَّةً فَـالأَظْهَرُ أَنَّـهُ يُمْلَكُ بِالإِحْيَـاءِ ،

في دار الإسلام لا تملك بالإحياء ، والمراد بدار الإسلام كـل بلدة بناهـا المسلمون كبغـداد والبصرة ، أو أسلم أهلها عليها كالمدينة واليمن ، أو فتحت عنـوة كخيبر وسـواد العراق ، أو صلحـا على أن تكون الـرقبة لنـا وهم يسكنـونهـا بخـراج ، وإن فتحت على أن الـرقبـة لهم فمـواتها كمـوات دار الحرب ، ولـو غلب الكفار على بلدة يسكنهـا المسلمون كـطرسوس لا تصير دار حرب (**وما كان معمـوراً**) من بلاد الإسـلام أو غيرهـا وإن خصصه بعض الشـرّاح ببلاد الإسلام (**فلمالكه**) إن عرف مسلماً كان أو ذمياً أو نحوه أو لوارثـه ، ولا يملك ما خـرب منـه بالإحيـاء . نعم استثنى الماوردي مـا أعرض عنـه كافـر قبـل القـدرة عليـه فـإنـه يملك بالإحياء .

تنبيـه : شمل كلامه ما كان معموراً في الحال أو معموراً في الزمن السابق ثم انـدرس بل هو في هذا أظهر وأولى من قول المحرّر : والمعمور لا يدخل الإحياء فيه بل هـو لمالكـه (**فـإن لم يعرف**) مـالكه (**والعمـارة إسلاميـة فمال**) أي فهـذا المعمور مـال (**ضائـع**) ؛ لأنـه المسلم أو ذميّ أو نحوه وأمره إلى الإمام في حفظه إلى ظهور مالكه ، أو بيعه وحفظ ثمنـه أو استقراضه على بيت المال .

تنبيـه : لو خربت قرية للمسلمين وتعطلت ولم يعرف مالكها فهل للإمام إعطاؤهـا لمن يعمرها ؟ وجهان أوجههما أن له ذلك أخـذاً من قول السبكي ، وكـل ما لا يعـرف مالكـه ولا يرجى ظهوره فهو لبيت المال فيجوز للإمام أن يأذن فيه كسائـر مال بيت المـال ، ويؤخذ منـه أيضاً ما عمت به البلوى من أخذ العشور والمكوس وجلود البهائم ونحوها التي تذبـح وتؤخذ من ملاكها بغير اختيارهم وغير ذلك وتصير بعد ذلك لا يعرف ملاكها أنها تصير لبيت المال ، (**وإن كـانت**) أي العمارة (**جـاهلية**) بـأن كان عليهـا آثار عمـاراتهم (**فالأظهـر**) وحكى جمـع الخلاف على وجهين (**أنه**) أي ما كان معموراً جاهلياً ثم خرب (**يملك بالإحياء**) إذ لا حـرمة لملك الجاهلية . والثاني : المنع ؛ لأنها ليست بموات .

تنبيـه : محل الخلاف إذا كانت ببلادهم وهم لا يـذبون عنـه وإلا فظاهـر أنه لا يملك بالإحياء كما علم مما مرّ ، وإن شككنا في معمور أنه عمر في الجاهلية أو الإسلام . قال في المطلب : فيه الخـلاف المذكـور في الرِّكـاز الذي جهـل حالـه : أي وقد تقـدّم أنه لقـطة ،

وَلَا يُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ حَرِيمُ مَعْمُورٍ ، وَهُوَ مَا تَمَسُّ الحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الاِنْتِفَاعِ ، فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ النَّادِي ، وَمُرْتَكَضُ الخَيْلِ ، وَمُنَاخُ الإِبِلِ ، وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا ، وَحَرِيمُ الْبِئْرِ فِي المَوَاتِ مَوْقِفُ النَّازِحِ ،

والأرض العامرة إذا لبسها رمل أو غرقها ماء فصارت بحراً ثم زال الرمل أو الماء فهي لمالكها إن عرف ، وما ظهر من باطنها يكون له ، ولو لبسها الوادي بتراب آخر فهي بذلك التراب له كما في الكافي ، وإلا فإن كانت إسلامية فمال ضائع ، أو جاهلية فتملك بالإحياء على ما مرّ . وأما الجزائر التي تربيها الأنهار فإن كان أصلها من أراضي بلاد كما هو مشاهد في نهر النيل فحكمها حكم تلك البلدة ، وإلا بأن ربيت من أرض النهر وليست حريماً لمعمور فهي موات ، وإن وقع الشك في ذلك فأمرها لبيت المال هذا ما يظهر من كلامهم ، ولم أرَ من حقق هذا المحل (**ولا يملك بالإحياء حريم معمور**) ؛ لأن مالك المعمور مستحق لمرافقه ، ولهذا سمي حريماً لتحريم التصرّف فيه على غيره .

تنبيه : قد يفهم كلامه أن الحريم غير مملوك وهو وجه والأصح خلافه لكنه لا يباع وحده كما قاله أبو عاصم العبادي ، كما لا يباع شرب الأرض وحده (**وهو**) أي الحريم (**ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع**) بالمعمور وإن حصل أصل الانتفاع بدونه .

تنبيه : كان الأولى تقديم بيان الحريم على حكمه ؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره (**فحريم القرية**) المحياة (**النادي**) وهو المجلس الذي يجتمعون فيه يندون : أي يتحدّثون ولا يسمى المجلس نادياً إلا والقوم فيه ، ويطلق النادي على أهل المجلس أيضاً ، وعبارة المحرر مجتمع النادي وهي أولى . نعم إن قدّر في كلام المتن مضاف محذوف وهو مجتمع ساوى تعبير المحرر (**ومرتكض الخيل**) بفتح الكاف وهو مكان سوقها . أي إذا كانوا خيالة كما قاله الإمام وغيره (**ومُنَاخ الإبل**) بضم الميم بخطه وهو الموضع الذي تناخ فيه إذا كانوا أهل إبل على قياس ما قاله الإمام (**ومطرح**) السرجين والقمامات ، و(**الرماد ونحوها**) كمراح غنم وسيل ماء وملعب صبيان . وكذا المرعى والمحتطب المستقلان القريبان كما قاله الإمام ، وكذا البعيدان كما قاله البغوي واقتضاه كلام القاضي وغيره ، وينبغي كما قال الأذرعي أن يكون محله إذا لم يفحش بعدهما عن القرية ، وكان بحيث يعدّان من مرافق القرية . أما إذا لم يستقلا ولكن كان يرعى ويحتطب منهما عند خوف البعد فليسا بحريم (**وحريم البئر**) المحفورة (**في الموات موقف النازح**) منهما وهو القائم على رأس البئر ليستقي . أما المحفورة في ملكه فيعتبر فيها العرف .

وَالحَـوْضُ ، وَالدُّولاَبُ ، ومُجْتَمَـعُ المَاءِ ، وَمُتَـرَدَّدُ الدَّابَّـةِ ، وَحَرِيمُ الدَّارِ في المَوَاتِ مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَـاسَةٍ وَثَلْجٍ ، وَمَمَـرٌّ في صَوْبِ الْبَـابِ ، وَحَرِيمُ آبَـارِ الْقَنَاةِ مَا لَوْ حُفِرَ فِيـهِ نَقَصَ مَاؤُهَـا أَوْ خِيفَ الانْهِيَارُ ،

تنبيـه : عبـارة المحرر البئـر المحفورة في المـوات وهي حسنة ، فـإن عبارة المصنف مشكلة من حيث الإعراب إذ لا يصح قوله في الموات أن يكون حالاً من المضاف إليـه : إذ شـرط الحال من المضـاف إليه أن يكـون المضاف عـاملاً فيهـا أو يكون المضـاف جزءاً من المضاف إليه أو كجزئه ، وهنا ليس كذلك ، وقد يقال : إن حريم البئر كجزئها فيكون كقوله تعالى ﴿ٱتَّبِعْ مِلَّةَ ٱبْرَاهِيمَ حَنِيفاً﴾ [النحـل : ١٢٣] **(والحوضُ)** بـالرفـع . وكذا المعـطوفات بعده عطف على موقف ، والمراد به ما يصبّ النازح فيه ما يخرجـه من البئر ، وكـذا عبر في المحـرر وغيره بمصب المـاء ، ومراد المصنف أن الحـريم مـوضـع الحـوض ، وكـذا يقـدر المـوضع في المعـطوفات على الحـوض **(والدولاب)** بضم الـدال أشهـر من فتحهـا فـارسي معرب إن كان الاستقاء به كما قيداه في الروضة وأصلها **(ومجتمع الماء)** الذي يطرح فيه مـا يخـرج من الحوض لسقي المـاشية والـزرع ، وبهذا ينـدفع مـا قيـل أن ذكـر المجتمـع مـع الحـوض تكرار **(ومتـردد)** النازح من **(الـدابة)** إن استقى بهـا أو الآدمي ، أما البئـر المتخـذة للشرب فيعتبر حريمها بموضع وقوف المستقي منها ولـو حفر بئـراً في موات بحيث نقص بـه ماء الأولى منع في الأصـح وعليه فهـو معتبر في حـريم الموات **(وحـريم الدار)** المبنيـة **(في المـوات مطرح رمـاد وكناسـة وثلج)** في بلد يثلج فيه للحـاجة إلى ذلـك **(وممـرّ في صـوب الباب)** ليتوقف الانتفاع بها عليه ، والمراد بصوب الباب جهته ، وليس المراد منـه استحقاقـه قبالة الباب على امتداد المـوات بل لغيـره إحياء مـا في قبالـة الباب إذا ألقى لـه ممرًّا ، ولـو احتاج إلى انعطاف وازورار ، وفناء جدران الدار وهو ما حواليها من الخلاء المتصل بها ليس حريماً لها في أوجه وجهين نقله ابن الرفعة عن النص والزركشي عن الأكثرين ، ولكن يمنـع من حفر بئر بقربها ومن سائر ما يضرّ بها ، كإلصاق جداره أو رمله بها ؛ لأنه تصرّف بما يضر ملك غيره **(وحريم آبار القناة)** المحياة **(ما لـو حفر فيـه)** أي الحريم **(نقص مـاؤها أو خيـف)** عليهـا **(الانهيار)** أي السقـوط ويختلف ذلك بـاختلاف الأراضي صـلابة وليناً ولا يحتاج إلى موقف نازح ولا شيء مما مرّ في بئر الاستقاء : بل إلى حفظها وحفظ مائها ، أما لو حفر بئراً في ملكـه ثم حفر آخـر بئراً في ملكـه فلا يمنـع وإن نقص مـاء غيـره والفـرق أن الحفـر في

وَالدَّارُ المَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لاَ حَرِيمَ لَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ ، فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ المَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حمَّاماً وَاصْطَبْلاً ، وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَّازِينَ حَانُوتَ حَدَّادٍ إذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمَ الْجُدْرَانَ ،

الابتداء تملك فلا يمكن منه إذا تضرر به الغير ، وهنا كل متصرف في ملكه ، فلا يمنع منه .

تنبيه : ما جعله المصنف حريماً هو بالنسبة إلى حفر الآبار لا مطلقاً فإنه يجوز لغيره أن يبني في الحريم المذكور كما قاله الزركشي ، ومحله أيضاً إذ انتهى الموات إليه فإن كان ثم ملك قبل تمام حد الحريم فالحريم إلى انتهاء الموات ، وضبط المصنف بخطه أبآر بهمزة بعد الموحدة الساكنة ، ويجوز تقديم الهمزة على الموحدة وقلبها ألفاً . قال الجاربردي : والأوّل أكثر استعمالاً **(والدار المحفوفة بدور)** بأن أحييت كلها معاً **(لا حريم لها)** إذ ليس جعل موضع حريماً لدار أولى من جعله حريماً لأخرى .

تنبيه : قوله المحفوفة ليس بقيد بل مثلها كل ما لا موات حوله ، ومنه غير المحفوفة إذا كانت بطريق نافذ كما قاله الرافعي في باب بيع الأصول والثمار ؛ لأنه لعامة المسلمين ، بخلاف ما إذا كانت في غير نافذ **(ويتصرف كل واحد)** من الملاك **(في ملكه على العادة)** في التصرّف وإن تضرّر به جاره أو أدّى إلى إتلاف ماله كمن حفر بئر ماء أو حش فاختلّ به جدار جاره أو تغير بما في الحشّ ماء بئره ؛ لأن في منع المالك من التصرّف في ملكه مما يضرّ جاره ضرراً لا جابر له **(فإن تعدّى)** بأن جاوز العادة في التصرّف **(ضمن)** ما تعدّى فيه لافتياته **(والأصح أنه يجوز)** للشخص **(أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً)** ولفظه مذكر وطاحونة ومدبغة **(واصطبلاً)** وفرناً **(وحانوته في البزازين حانوت حداد)** وقصار ونحو ذلك كأن يجعله مدبغة . لكن **(إذا أحتاط وأحكم الجدران)** إحكاماً يليق بما يقصده ؛ لأنه يتصرّف في خالص ملكه وفي منعه إضرار به . والثاني : المنع للإضرار به ، وردّ بأن الضرر لا يزال بالضرر ، وعلى الأوّل لو فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار كدق عنيف يزعج الحيطان ، وحبس الماء في ملكه بحيث تسري النداوة إلى جدار الجار فالأصحّ المنع . والحاصل كما قاله الزركشي منع ما يضرّ الملك دون المالك ، ويستثنى منه ما تقدّم قريباً من أنه لو حفر بئراً في ملكه يلزم من حفره سقوط جدار جاره أنه يجوز له ، واستثنى بعضهم من ذلك أيضاً ما لو كان له دار في سكة غير نافذة فليس له جعلها مسجداً ولا حماماً

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الحَرَمِ ، دُونَ عَرَفَاتَ في الأَصَحِّ .قُلْتُ : وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنًى كَعَرَفَةَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، وَيَخْتَلِفُ الإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَناً اشْتُرِطَ تَحْوِيطُ الْبُقْعَةِ

ولا حانوتاً ولا سبيلاً إلا بإذن الشركاء كما قال شيخنا ، وفيه نظر ، ووجهه أن الشخص لا يمنع من التصرّف في ملكه وهذا هو المعتمد كما مر في باب الصلح ، ولو دق فاهتز الجدار فانكسر ما كان معلقاً فيه . قال العراقيون : فإن سقط في حالة الدق ضمن وإلا فلا . وقال القاضي : لا ضمان في الحالين وهذا هو الظاهر .

تنبيه : لو أخر المصنف قوله : فإن تعدّى ضمن عن قوله والأصحّ الخ كان أولى (**ويجوز إحياء موات الحرم**) كما يملك عامره بالبيع وغيره (**دون عرفات**) فلا يجوز إحياؤها (**في الأصحّ**) وإن كانت من غير الحرم لتعلق الوقوف بها كالحقوق العامة من الطرق ، ومصلى العيد في الصحراء وموارد الماء ، وقد عمت البلوى بالعمارة على شاطىء النيل والخلجان ، فيجب على وليّ الأمر ومن له قدرة منع من يتعاطى ذلك : والثاني : إن ضيق امتنع ، وإلا فلا (**قلت : ومزدلفة ومنى كعرفة ، والله أعلم**) فلا يجوز إحياؤهما في الأصحّ لحق المبيت والرّمي وإن لم يضق به المبيت والمرمى ، وقد عمت البلوى بالبناء بمنى وصار ذلك لا ينكر ، فيجب على ولي الأمر هدم ما فيها من البناء والمنع من البناء فيها .

تنبيه : ظاهر كلامه أن هذا الحكم منقول ، وأن خلاف عرفة يجري فيه وبه صرّح في التصحيح ، والذي في الرّوضة أن ذلك على سبيل البحث ، فإنه قال : ينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات لوجود المعنى ، وقال ابن الرفعة : ينبغي القطع لضيقه بخلاف عرفات . قال الإسنوي : والمتجه المنع من البناء بمزدلفة ، ولو قلنا بما رجحه الرافعي من آستحباب المبيت بها لكونه مطلوباً حينئذ ، فينبغي أن يكون المحصب كذلك ؛ لأنه يستحبّ للحجيج إذا نفروا أن يبيتوا به . قال الولي العراقي : لكنه ليس من مناسك الحج ، فمن أحيا شيئاً منه ملكه اهـ وهذا هو المعتمد (**ويختلف الإحياء بحسب الغرض**) والرجوع فيه إلى العرف ، فإن الشرع أطلقه ولا حدّ له في اللغة فيرجع فيه إليه كالقبض والحرز في السرقة وهو في كل شيء بحسبه ، والضابط التهيئة للمقصود (**فإن أراد**) إحياء الموات (**مسكناً اشترط**) فيه لحصوله (**تحويط البقعة**) بآجر أو لبن أو قصب بحسب عادة ذلك المكان .

تنبيه : قضية كلام الشيخين الاكتفاء بالتحويط بذلك من غير بناء ، ونصّ في الأمّ

وَسَقْفُ بَعْضِهَا وَتَعْلِيقُ بَابٍ، وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابَّ فَتَحْوِيطٌ لَا سَقْفٌ، وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ، أَوْ مَزْرَعَةً فَجَمْعُ التُّرَابِ حَوْلَهَا وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ وَتَرْتِيبُ مَاءٍ لَهَا إِنْ لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ، الْمُعْتَادُ،

على اشتراط البناء وهو المعتمد كما في التنبيه وغيره (و) اشترط أيضاً (سقف بعضها) ليتهيأ للسكنى، وفيه وجه أنه لا يشترط (وتعليق) بعين مهملة: أي نصب (باب)؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يتخذ مسكناً (وفي) تعليق (الباب وجه) أيضاً أنه لا يشترط لأن فقده لا يمنع السكنى وإنما ينصب لحفظ المتاع، ولو قال: وفيهما وجه كان أولى، فإن في السقف أيضاً وجهه كما مرّ.

تنبيه: أفهم كلامه أن السكنى لا تشترط في إحياء ما ذكر، وبه صرّح المتولي وغيره (أو) أراد إحياء الموات (زريبة دواب) أو نحوها كحظيرة لجمع ثمار وغلات وغيرها (فتحويط) بالبناء بما جرت به العادة فلا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناء؛ لأن المجتاز يفعل ذلك والمتملك لا يقتصر عليه عادة (لا سقف)، فلا يشترط في إحياء الزريبة؛ لأن العادة فيها عدمه، ولو حوّط ببناء في طرف، واقتصر في الثاني على نصب أحجار أو سعف. قال القاضي: كفى، وخالفه الخوارزمي، والأوجه الأوّل (وفي) نصب (الباب الخلاف) السابق في المسكن، ولو حفر قبراً في موات كان إحياء لتلك البقعة وملكه كما قال الزركشي كما لو بنى فيها ولم يسكن بخلاف ما لو حفر قبراً في أرض مقبرة مسبلة فإنه لا يختصّ به إذ السبق فيها بالدفن لا بالحفر (أو) أراد إحياء الموات (مزرعة) بفتح الراء أفصح من ضمها وكسرها (فجمع التراب) ونحوه كحجر وشوك (حولها) يشترط في إحيائها لينفصل المحيي عن غيره لجدار الدار ولا حاجة إلى التحويط؛ لأنه العرف (وتسوية الأرض) بطمّ المنخفض وكسح المستعلي وحرثها إن لم تزرع إلا به وتليين ترابها ولو بما يساق إليها لتتهيأ للزراعة (وترتيب ماء لها) بشق ساقية من نهر أو بحفر بئر أو قناة أو نحو ذلك.

تنبيه: أفهم تعبيره بترتيب أنه لا يشترط السقي بالفعل وهو كذلك، فإذا حفر طريقه ولم يبقَ إلا إجراؤه كفى وإن لم يجر، فإن هيأه ولم يحفر طريقه كفى أيضاً في أحد وجهين، ورجحه في الشرح الصغير، هذا (إن لم يكفها المطر المعتاد) فإن كفاها لم يحتج لترتيب الماء، ويستثنى من ترتيب الماء صورتان: إحداهما أراضي الجبال التي لا يمكن

لَا الـزِرَاعَـةُ فِي الأَصَـحِّ ، أَوْ بُسْتَانـاً فَجَمْعُ التُّـرَابِ ، وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَـرَتِ الْعَادَةُ بِـهِ وَتَهْيِئَـةُ مَـاءٍ ، وَيُشْتَـرَطُ الْغَرْسُ عَلَى المَـذْهَبِ ،

سوق الماء إليها ، ولا يكفيها المطر المعتاد فإنها تملك بالحراثة ، وجمع التراب في أحد وجهين اقتضى كلام الرافعي ترجيحه ، ونقله الخوارزمي عن سائر الأصحاب . الثانية : أراضي البطائح ، وهي بناحية العراق غلب عليها الماء فالشرط في إحيائها حبس الماء عنها عكس غيرها . ذكره الماوردي والروياني وغيرهما ، و(لا) يشترط في إحيائها **(الزراعة في الأصحّ)** ؛ لأنه استيفاء منفعة الأرض وهو خارج عن الإحياء كما لا يعتبر في إحياء الدار سكناها ، والثاني : يشترط إذ الدار لا تصير محياة إلا إذا جعل فيها عين مال المحيي فكذا المزرعة وما يبذر فيها يقال له زريعة بتخفيف الراء وجمعها زرائع ، وأما الحصاد فلا يشترط جزماً (أو) أراد إحياء الموات **(بستاناً فجمع التراب)** يشترط حول الأرض كالمزرعة وحكم الكرم حكم البستان **(والتحويط حيث جرت العادة به)** عملاً بها ، وإن جرت بتحويط ببناء اشترط أو بقصب أو شوك كفى أو اكتفت بجمع تراب كفى ، فعلم بذلك أنه لا يشترط الجمع بين التحويط وجمع التراب ، وعبارة المصنف تقتضي اشتراط جمع التراب مع التحويط ، وليس مراداً إذ لا معنى له ، فلو قيد التراب بحالة عدم التحويط كان أولى ، وعبارته توهم أيضاً أنه لا يشترط شيء من ذلك في موضع إن لم يعتد وعبارة الروضة والشرحين : ولا بدّ من التحويط والرجوع فيما يحوّط به إلى العادة **(وتهيئة ماء)** على ما سبق في المزرعة **(ويشترط)** في إحياء الموات بستاناً **(الغرس على المذهب)** وقيل : لا يشترط كالزرع في المزرعة ، وفرّق الأوّل بينهما بأن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع بخلاف البستان قبل الغرس ؛ ولأن الغرس للدوام فالتحق ببناء الدار بخلاف الزرع ، ومن شرط الزرع في المزرعة شرط الغرس في البستان بطريق الأولى ، فهذه طريقة ثانية قاطعة بالاشتراط .

تنبيه : قد يفهم كلامه الاكتفاء بغرس البعض ، وهو كذلك كما صححه في البسيط لكن يشترط كما قال الأذرعي غرس ما يسمى به بستاناً ، ويبعد الاكتفاء بغرس شجرة أو شجرات في أرض واسعة ، ولا يشترط أن يثمر الغراس ، وسكت المصنف عن نصب الباب ، وظاهره أنه لا يشترط ، وهو كذلك ، وإن صرّح الحاوي الصغير تبعاً للغزالي باشتراطه ويشترط في إحياء البئر خروج الماء وطيّ البئر الرخوة بخلاف الصلبة ، وفي إحياء

وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرْزِ خَشَباً فَمُتَحَجِّرٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ لَكِنِ الأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ،

بئر القناة خروج الماء وجريانه ، ولو حفر نهراً ممتدًا إلى النهر القديم بقصد التملك ليجري فيه الماء ملكه ولو لم يجره كما لا يشترط السكنى في إحياء المسكن **(ومن شرع في عمل إحياء)** لنوع فغيره لنوع آخر ملكه بما يحيي به ذلك النوع كأن شرع في عمل بستان ثم قصد أن يجعله مزرعة ملكه بما تملك به المزرعة وكلام ابن المقري في روضه محمول على ذلك ، لا على ما حمله شيخنا عليه من أنه لو حوّط البقعة ملكها وإن قصد المسكن ؛ لأنه مما تملك به الزريبة لو قصدها ، وآعترضه بأنه آحتمال للإمام مخالف لكلام الأصحاب ولو شرع في عمل إحياء **(ولم يتمه)** كأن حفر أساساً أو جمع تراباً **(أو أعلم)** عطف على شرع : أي جعل له علامة العمارة **(على بقعة بنصب أحجار أو غرز خشباً)** فيها أو نحو ذلك كأن خط خطاً أو جمع تراباً حولها **(فمتحجر)** لذلك المحلّ في الصور المذكورة ؛ لأنه بذلك منع غيره منه **(وهو أحق به)** من غيره : يعني مستحقاً له دون غيره لحديث أبي داود «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ» ولأن الإحياء يفيد الملك فليفد الشروع فيه الامتناع كالاستيام مع الشراء ، وهذه الأحقية أحقية اختصاص لا ملك ؛ لأن سببه الإحياء ولم يوجد ، ولها شرطان . أحدهما : أن لا يزيد على قدر كفايته ، فإن خالف كان لغيره أن يحيي ما زاد على كفايته كما قاله المتولي ، وقيل لا يصح بحجره أصلاً . الثاني : القدرة على تهيئة الإكمال ، فلو تحجر ما يعجز عن إحيائه كان لغيره إحياء الزائد كما مرّ ، ولما كانت أحقية المتحجر ما يحجره قد توهم أحقية الملك استدرك المصنف بقوله **(لكن الأصحّ)** المنصوص **(أنه لا يصحّ بيعه)** أي أحقية اختصاص المتحجر كما قاله الإمام وغيره ولا هبته كما قاله الماوردي خلافاً للدارمي ؛ لأن حق التملك لا يباع ولا يوهب كحق الشفعة ولكن له نقله إلى غيره ، وإيثاره به كإيثاره بجلد الميتة قبل الدباغ ، ويصير الثاني أحق به ويورث عنه ، والثاني : يصح بيعه ، وبه قال أبو إسحاق، وكأنه يتبع حق الاختصاص كبيع علو البيت للبناء والسكنى دون أسفله . فإن قيل : ما استدركه المصنف مستدرك كما قيل ، فإن عدم البيع مناسب لعدم الملك المفهوم من لفظ الأحقية . أجيب بأن قوله : أحقّ أعم فيصدق بالأحقية مع الملك فيقتضي صحة البيع ، فلذلك دفعه بقوله : لكن الخ .

تنبيه : قال الزركشي : والعجب من احتجاجهم لمنع البيع بحق الشفعة مع أن

وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ أَحْيِ أَوِ اتْرُكْ ، فَإِنِ اسْتَمْهَلَ أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً ، وَلَوْ أَقْطَعَهُ الإِمَامُ مَوَاتاً صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَالْمُتَحَجِّرِ ،

أبا إسحاق يخالف فيه أيضاً ، وكذلك في مقاعد الأسواق ، وهل يجري خلافه في المساجد والربط ونحوها ؟ الظاهر المنع فيمتنع الاعتياض عنها قطعاً ؛ لأنها عين ولا منفعة كما قطعوا به في امتناع العوض على حق القسم ، ويشبه أن يكون النزول عن الوظائف مثله ؛ لأنه ملك أن ينتفع بها لا المنفعة اهـ (و) الأصح (أنه لو أحياه) شخص (آخر ملكه) وإن عصى بذلك كما لو دخل في سوم أخيه واشترى ، والثاني : لا يملكه لئلا يبطل حق غيره .

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يعرض عن العمارة ، فإن أعرض عنها ملكه المحيي قطعاً . قال الرافعي : والخلاف في هذه المسألة شبيه بما إذا عشش الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره هل يملكه ، وكذا لو توحل طير في أرضه أو وقع الثلج فيها ونحو ذلك اهـ وقد وقع في ذلك اضطراب ، وسيأتي تحريره إن شاء الله تعالى في آخر الوليمة **(ولو طالت مدّة التحجر)** ولم يحي ويرجع في طولها للعرف **(قال له السلطان)** أو نائبه **(أحي أو اترك)** ما تحجرته ؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك فمنع منه كما لو وقف في شارع **(فإن استمهل)** المتحجر **(أمهل مدّة قريبة)** يستعدّ فيها للعمارة وتقديرها إلى رأي الإمام ، وقيل تقدّر بثلاثة أيام ، وقيل بعشرة أيام فإذا مضت المدّة ولم يعمر بطل حقه من غير رفع إلى سلطان ، وقضية هذا أنه لا يبطل حقه بمضيّ المدّة بلا مهلة ، وهو ما بحثه الشيخ أبو حامد ، لكنه خلاف منقوله الذي جزم به الإمام من أنه يبطل بذلك ؛ لأن التحجر ذريعة إلى العمارة ، وهي لا تؤخر عنه إلا بقدر أسبابها ، ولهذا لا يصح تحجر من لا يقدر على تهيئة الأسباب كمن تحجر ليعمر في قابل ، وكفقير تحجر إذا قدر فوجب إذا أخر وطال الزمان أن يعود مواتاً كما كان . وقال السبكي : ينبغي إذا عرف الإمام أنه لا عذر له في تطويل المدّة انتزعها منه في الحال ، وكذا إن لم تطل المدّة ، وعلم أنه معرض عن العمارة .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في طلب الإمهال بين أن يكون بعذر أو بغيره ، وبه صرّح الرّوياني ، وهو خلاف قضية كلام الروضة وأصلها فإنهما قالا : فإن ذكر عذراً واستمهل أمهل مدّة قريبة اهـ وهذا هو الظاهر كما يؤخذ من كلام السبكي السابق **(ولو أقطعه الإمام مواتاً)** لا لتمليك رقبته **(صار)** بمجرد الإقطاع **(أحق بإحيائه)** من غيره ، يعني مستحقاً له دون غيره **(كالمتحجر)** لتظهر فائدة الإقطاع ، ولو قال المصنف : صار كالمتحجر

لكان أخصر وأشمل ليأتي فيه سائر أحكام التحجر ، لكن يستثنى هنا كما قال الزركشي ما أقطعه النبي ﷺ فلا يملكه الغير بإحيائه قياساً على أنه لا ينقض ما حماه . أما إذا أقطعه لتمليك رقبته فيملكه كما ذكره المصنف في مجموعه في باب الركاز ، والأصل في الإقطاع خبر الصحيحين «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ أَرْضاً مِنْ أَمْوَالِ بَنِي النَّضِيرِ» وخبر الترمذي وصححه «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ وَائِلَ بْنَ حَجَرٍ أَرْضاً بِحَضْرَمَوْتَ» .

تنبيه : هل يلحق المندرس الضائع بالموات في جواز الإقطاع ؟ فيه وجهان أصحهما في البحر نعم ، بخلاف الإحياء . فإن قيل هذا ينافي ما مرّ من جعله كالمال الضائع . أجيب بأن المشبه لا يعطي حكم المشبه به من جميع الوجوه . والحاصل أن هذا مقيد لذاك . وأما إقطاع العامر فعلى قسمين : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، والأوّل أن يقطع الإمام ملكاً أحياه بالإجراء والوكلاء أو اشتراه أو وكيله في الذمة فيملكه المقطع بالقبول والقبض إن أبد أو أقت بعمر المقطع ، وهو العمري ، ويسمى معاشاً ، والأملاك المتخلفة عن السلاطين الماضية بالموت والقتل ليست بملك للإمام القائم بل لورثتهم أن تبينوا وإلا فكالأموال الضائعة ، ولا يجوز إقطاع أراضي الفيء تمليكاً ولا إقطاع الأراضي التي اصطفاها الأئمة لبيت المال من فتوح البلاد : إما بحق الخمس ، وإما باستطابة نفوس الغانمين ، ولا إقطاع أراضي الخراج صلحاً وفي إقطاع أراضي من مات من المسلمين ولا وارث له وجهان : الظاهر منهما المنع ، ويجوز إقطاع الكل معاشاً . الثاني : أن يقطع غلة أراضي الخراج . قال الأذرعي : ولا أحسب في جواز الإقطاع للاستغلال خلافاً إذا وقع في محله لمن هو من أهل النجدة قدراً يليق بالحال من غير مجازفة اهـ : أي فيملكها المقطع له بالقبض ويختص بها من قبله ، فإن أقطعها من أهل الصدقات بطل ، وكذا من أهل المصالح وإن جاز أن يعطوا من مال الخراج شيئاً ، لكن بشرطين : أن يكون بمال مقدّر قد وجب بسبب استباحته كالتأذين والإمامة وغيرهما ، وأن يكون قد حلّ المال ووجب لتصح الحوالة به ، ويخرج بهذين الشرطين عن حكم الإقطاع وإن أقطعها من القضاة أو كتاب الدواوين جاز سنة واحدة ، وهل تجوز الزيادة عليها ؟ وجهان : أصحهما المنع إن كان جزية ، والجواز إن كان أجرة ، ويجوز إقطاع الجندي من أرض عامرة للاستغلال بحيث تكون منافعها له ما لم ينزعها الإمام ، وقضية قول المصنف في فتاويه : أنه يجوز له إجارتها أنه يملك منفعتها . قال بعض المتأخرين : ما يحصل للجندي من الفلاح من مغل وغيره فحلال بطريقه ، وما يعتاد أخذه من رسوم ومظالم فحرام ، والمقاسمة مع الفلاح حيث البذر منه منعها الشافعي رضي الله تعالى عنه وغيره ، وحينئذ فالواجب على الفلاح أجرة الأرض ،

وَلَا يُقْطِعُ إلَّا قَادِراً على الإحْيَاءِ ، وَقَدْراً يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَكَذَا التَّحَجُّرُ ، والأَظْهَرُ أَنَّ لِلإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وضَالَّةٍ وضَعِيفٍ عَنِ النُّجْعَةِ ، وأَنَّ لَهُ نَقْضَ

وإذا وقع التراضي على أخذ المقاسمة عوضاً من أجرة الأرض كان ذلك جائزاً ، فحق على الجندي المتورّع أن يرضي الفلاح في ذلك ، ولا يأخذ منه إلا ما يقابل أجرة الأرض ، وإن كان البذر من الجندي فجميع المغل له ، وللفلاح أجرة مثل ما عمل ، فإن رضي الفلاح عن أجرته بالمقاسمة جاز (**ولا يقطع**) الإمام (**إلا**) شخصاً (**قادراً على الإحياء ، و**) يكون ما يقطعه له (**قدراً يقدر عليه**) لو أراد إحياءه ؛ لأنه منوط بالمصلحة .

تنبيه : المراد بالقدرة ما يعمّ الحسية والشرعية ، فلا يقطع الذميّ في دار الإسلام (**وكذا التحجر**) ، فلا يتحجر الشخص ، إلا أن يقدر على الإحياء وقدراً يقدر على إحيائه ، فإن زاد فالأقوى في الروضة : أن لغيره إحياء الزائد كما مرّت الإشارة إليه (**والأظهر أن للإمام**) أو نائبه (**أن يحمي**) بفتح أوّله ، ويجوز ضمه : أي يمنع عامة المسلمين (**بقعة موات لرعي نعم جزية**) وهو ما يؤخذ بدلاً عن النقد المأخوذ في الجزية ، وفيما إذا قال قوم نؤدّي الجزية باسم الصدقة (**و**) لرعي نعم (**صدقة**) تطوّع (**و**) لرعي نعم (**ضالة**) وتستعمل الضالة في غير النعم أيضاً (**و**) لرعي نعم شخص (**ضعيف عن النجعة**) بضمّ النون ، وهي الإبعاد في طلب المرعى بأن يمنع الناس من رعيها ، بحيث لا يضرهم بأن يكون قليلاً من كثير بحيث تكفي بقيته الناس «لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَمَى النَّقِيعَ بِالنُّونِ ، وَقِيلَ بِالبَاءِ لِخَيْلِ المُسْلِمِينَ» رواه الإمام أحمد وابن حبان في صحيحه . والثاني المنع لخبر «لَا حِمَى إلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ» رواه البخاري .

تنبيه : أهمل المصنف خيل المجاهدين ، وهي أحق به من غيرها ، إذ الحمى الوارد في الحديث كان لها . قال الأذرعي : ويشبه أن يلحق بها الظهر الذي يحتاجون إليه في الغزو ، وكان الأحسن للمصنف تقديم ضالة أو تأخيرها حتى لا ينقطع النظير عن النظير ، ويحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات بلا خلاف ، وكذا يحرم عليه أن يحمي الماء العد : أي العذب لشرب خيل الجهاد ، وإبل الصدقة ، والجزية وغيرهما (**و**) الأظهر (**أن له**) أي الإمام (**نقض**) أي

مَا حَمَاهُ لِلْحَاجَةِ ، ولَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ .

فصـــل

مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ المُرُورُ ، ويَجُوزُ الجُلُوسُ بِهِ لِاسْتِرَاحَـةٍ ومُعَامَلَةٍ وَنَحْـوِهِمَا

رفع (ما حماه) وكذا ما حماه غيره من الأئمة إن ظهرت المصلحة في نقضه ، وإن أوهمت عبارته اختصاص النقض بالحامي فإنه قول مرجوح ، وقوله (للحاجة) إليه : أي عندها كما في المحرّر بأن ظهرت المصلحة فيه بعد ظهورها في الحمى ، وللحاجة متعلق بنقض لا بما حماه ، وليس هذا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد . الثاني : المنع لتعينه لتلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة ، وعلى الأوّل لو أحياه محي بإذن الإمام ملكه وكان الإذن منه نقضاً ، وليس له أن يجيبه بغير إذنه لما فيه من الاعتراض على تصرف الإمام وحكمه . أما ما حماه ﷺ فليس لأحد من الأئمة نقضه ؛ لأنه نصّ عليه فلا ينقض ولا يغير بحال ولو استغنى عنه ، فمن زرع فيه أو غرس أو بنى قلع ، وحكى صاحب الرّونق قولاً وصححه أنه لا يجوز نقص ما حماه الخلفاء الأربعة رضي الله تعالى عنهم . قال السبكي : وهذا غريب لكنه مليح فإن فعلهم أعلى من فعل كل إمام بعدهم (ولا يحمي) الإمام (لنفسه) قطعاً ؛ لأن ذلك من خصائصه ﷺ ، ولم يقع ذلك منه ، وعليه يحمل خبر البخاري السابق الذي استدل به القول المرجوح ، وخرج بالإمام ونائبه غيرهما ، فليس له أن يحمي ، وليس للإمام أن يدخل مواشيه ما حماه للمسلمين ؛ لأنه من الأقوياء ، ويندب له ولنائبه أن ينصب أميناً يدخَل فيه دواب الضعفاء ويمنع منه إدخال دواب الأقوياء ، فإن رعاه قوي منع منه ولا يغرم شيئاً . قال في الرّوضة : وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في الحج : أن من أتلف شيئاً من نبات النقيع ضمنه على الأصحّ ؛ لأن ما هنا في الرّعي فهو من جنس ما أحمى له ، وما هناك في الإتلاف بغيره ، ولا يعزر أيضاً . قال ابن الرّفعة : ولعله فيمن جهل التحريم وإلا فلا ريب في التعزير اهـ ولعلهم سامحوا في ذلك كما سامحوا في الغرم .

فصـــل

في حكم المنافع المشتركة (منفعة الشارع) الأصلية (المرور) فيه ؛ لأنه وضع لذلك ، وتقدّمت هذه المسألة في الصلح ، وعبر المصنف هناك عن الشارع بالطريق النافذ ، وذكرت هنا توطئة لما بعدها ، وخرج بالأصلية المنفعة بطريق التبع المشار إليها بقوله (ويجوز الجلوس به) ولو في وسطه (لاستراحة ومعاملة ونحوهما) كانتظار رفيق

إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ على المَارَّةِ، ولاَ يُشْتَرَطُ إِذْنُ الإِمَامِ، ولَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وغَيْرِهَا، ولَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ

وسؤال، وله الوقوف فيه أيضاً. قال ابن الصباغ: وللإمام مطالبة الواقف بقضاء حاجته أو الانصراف، هذا كله **(إذا لم يضيق على المارة)** فيه لقوله ﷺ «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ فِي الإِسْلاَمِ» **(ولا يشترط)** للجلوس في الشارع **(إذن الإمام)** لإطباق الناس عليه من غير نكير.

تنبيه: شمل إطلاقه الذميّ وفي ثبوت هذا الارتفاق له وجهان: أوجههما كما قال ابن الرِّفعة وتبعه السبكي الثبوت وإن لم يأذن الإمام، وليس للإمام ولا لغيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس في الشارع ولو لبيع ونحوه عوضاً قطعاً قاله في زيادة الرّوضة. قال السبكي: وقد رأينا في هذا الزمان من وكلاء بيت المال من يبيع من الشارع ما يقول: إنه يفضل عن حاجة المسلمين، وهذا لا يقتضيه قول أحد؛ لأن البيع يستدعي تقدّم الملك، ولو جاز ذلك لجاز بيع الموات، ولا قائل به. قال ابن الرفعة: وفاعل ذلك لا أدري بأيّ وجه يلقي الله تعالى؟. قال الأذرعي: وفي معنى ذلك الرِّحاب الواسعة بين الدور في المدن، فإنها من المرافق العامة كما صرّح به في البحر، وقد نقل في الشامل الإجماع على منع إقطاع المرافق العامة، وللإمام أن يقطع بقعة ارتفاقاً لا بعوض ولا تمليكاً فيصير المقطع أحق به كالمتحجر، ولا يجوز لأحد تملكه بالإحياء، ويجوز الارتفاق أيضاً بغير الشارع كالصحارى لنزول المسافرين إن لم يضر النزول بالمارة. وأما الارتفاق بأفنية المنازل في الأملاك، فإن أضرّ ذلك بأصحابها منعوا من الجلوس فيها إلا بإذنهم، وإلا فإن كان الجلوس على عتبة الدار لم يجز إلا بإذن مالكها، وله أن يقيمه ويجلس غيره، ولا يجوز أخذ أجرة على الجلوس في فناء الدار ولو كانت الدار المحجور عليه لم يجز لوليه أن يأذن فيه، وحكم فناء المسجد كفناء الدار **(وله)** أي الجالس في الشارع **(تظليل مقعده)** أي موضع قعوده في الشارع **(ببارية)** بتشديد التحتانية كما في الدقائق، وحكي تخفيفها: نوع ينسج من قصب كالحصير **(وغيرها)** مما لا يضرّ بالمارّة كثوب وعباءة لجريان العادة به، فإن كان مثبتاً ببناء لم يجز كبناء الدكة، وله وضع سرير في أحد احتمالين لصاحب الكافي يظهر ترجيحه، ويختصّ الجالس بمكانه ومكان متاعه ومعامليه، وليس لغيره أن يضيق عليه في المكان بحيث يضرّ به في الكيل والوزن والأخذ والعطاء، فله أن يمنع واقفاً بقربه إن منع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه، وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة **(ولو سبق إليه)** أي مكان من الشارع **(إثنان)** وتنازعا في

أَقْرَعَ ، وقِيلَ يُقَدِّمُ الإمَامُ بِرَأْيِهِ، ولَوْ جَلَسَ فِيهِ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكاً لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلاً إِلَى غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ ، وإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ إِلاَّ أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ ويَأْلَفُونَ غَيْرَهُ ، ومَنْ أَلِفَ مِنَ المَسْجِدِ مَوْضِعاً يُفْتِي فِيهِ ويُقْرِئُ كَالجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ ،

موضع منه (أقرع) بينهما لعدم المزية (وقيل : يقدّم الإمام) أحدهما (برأيه) كمال بيت المال ، وهذا كما قال الدارمي إذا كانا مسلمين . أما إذا كان أحدهما مسلماً والآخر ذميًّا ، فالمسلم مقدّم مطلقاً (ولو جلس فيه للمعاملة) أو للحرفة كالخياطة (ثم فارقه) أي موضع جلوسه (تاركاً) للمعاملة أو (للحرفة أو منتقلاً إلى غيره بطل حقه) بمفارقته لإعراضه عنه . قال الأذرعي : وسواء فيه المقطع وغيره فيما أراه (وإن فارقه) ولو بلا عذر (ليعود) إليه (لم يبطل) حقه منه لخبر مسلم «إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» [1] وإذا فارقه بالليل فليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني ، وكذا الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهر مرة إذا اتخذ فيها مقعداً كان أحقّ به في النوبة الثانية ، ولو أراد غيره الجلوس فيه مدّة غيبته إلى أن يعود جاز إن كان لغير معاملة وكذا لمعاملة على الأصح ، (إلا أن تطول مفارقته) له بعذر أو بغيره (بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون) في معاملتهم (غيره) فيبطل حقه وإن ترك فيها شيئاً من متاعه ؛ لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل .

تنبيه : قضية إطلاقه أنه لا فرق بين أن يجلس بإقطاع الإمام أولاً وهو كذلك كما صححه في أصل الروضة ، وقيل : لا يبطل فيما إذا جلس بإقطاع الإمام وجزم به في التنبيه وأقرّه المصنف في تصحيحه وجزم به في نكته ، وخرج بجلس لمعاملة ما لو جلس لاستراحة أو نحوها فإنه يبطل حقه بمفارقته . وكذا لو كان جوّالاً ، وهو من يقعد كل يوم في موضع من السوق فإن حقه يبطل بمفارقته ، ويكره الجلوس في الشارع للحديث ونحوه إلا أن يعطي الطريق حقه من غض البصر وكفّ الأذى وردّ السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما ورد تفسيره بذلك في الخبر (ومن ألف من المسجد موضعاً يفتي فيه) الناس (ويقرىء) القرآن أو الحديث أو الفقه أو غيرها من العلوم المتعلقة بعلوم الشرع كنحو وصرف ولغة فحكمه (كالجالس في) مقعد في (شارع لمعاملة) في التفصيل السابق .

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب السلام (٣١) وأحمد ٢/٢٨٣ وعبد الرزاق (١٧٩٢) وابن خزيمة (١٨٢١) والبخاري في الأدب (١١٣٨) وابن ماجه (٢٧١٧) .

وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا ، فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلِ اخْتِصَاصُهُ ، فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ ،

تنبيه : فهم من إلحاق المصنف المسجد بالشارع ، أنه لا يشترط فيه إذن الإمام وهو كذلك كما قاله الإمام إذ المساجد لله تعالى وإن قيده الماوردي بصغار المساجد . قال : وأما كبارها والجوامع فيعتبر فيه إذن الإمام إن كانت عادة البلد الاستئذان فيه ، وقد يخرج بقوله : يفتي ويقرىء جلوس الطالب ، لكن في زيادة الروضة أن مجلس الفقيه حال تدريس المدرِّس في مجلس أو مدرسة الظاهر فيه دوام الاختصاص اهـ وهذا هو المعتمد إذا كان أهلاً للجلوس فيه كما قاله الأذرعي أما إذا كان لا يفيد ولا يستفيد فلا معنى له **(ولو جلس فيه)** أي المسجد **(لصلاة لم يصر أحقّ به في)** صلاة **(غيرها)** ؛ لأن لزوم بقعة معينة للصلاة غير مطلوب بل ورد فيه نهي ، وبقاع المسجد لا تختلف بخلاف مقاعد الأسواق . فإن قيل : هذا ممنوع ؛ لأن ثواب الصلاة في الصف الأوّل أفضل من غيره . أجيب بأن الصف الأوّل لا ينحصر في بقعة بعينها . فإن قيل : قد تفوته فضيلة القرب من الإمام . أجيب بأن له طريقاً إلى تحصيله بالسبق الذي طلبه الشارع .

تنبيه : أفهم كلام المصنف الأحقية في تلك الصلاة حتى لو استمرّ إلى وقت صلاة أخرى فحقه باق وهو كذلك وشمل ما لو كان الجالس صبياً وهو الأصح في شرح المهذب ، ويلحق بالصلاة الجلوس في المسجد لسماع وعظ أو حديث : أي أو قراءة في لوح مثلاً ، وكذا من يطالع منفرداً بخلاف من يطالع لغيره ، ولم أر من تعرّض لذلك ، وهو ظاهر **(فلو فارقه)** قبل الصلاة **(لحاجة)** كإجابة داع ورعاف وقضاء حاجة **(ليعود)** بعد فراغ حاجته **(لم يبطل اختصاصه)** به **(في تلك الصلاة في الأصح)** وعبر في الروضة بالصحيح **(وإن لم يترك)** في ذلك الموضع **(إزاره)** أو نحوه كسجادة لحديث مسلم المارّ . والثاني : يبطل كغيرها من الصلاة .

تنبيه : محل الخلاف إذا لم تقم الصلاة في غيبته . أما لو أقيمت واتصلت الصفوف فالوجه كما قال الأذرعي وغيره سدّ الصف مكانه ، وقضية كلامه طرد الخلاف فيما لو كان دخل لانتظار الصلاة قبل دخول وقتها وخرج قبل دخول وقتها ليعود وهو كذلك ، وإن قال الأذرعي لم أرَ فيه تصريحاً اهـ ، وقول الزركشي : ينبغي أن يستثنى من حق السبق ما لو قعد خلف الإمام وليس أهلاً للاستخلاف ، أو كان ثم من هو أحق منه بالإمامة فيؤخر ويقدّم

وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانِقَاهُ لَمْ يُزْعَجْ ، وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ .

الأحقّ موضعه لخبر «لِيَلِيَنِي مِنْكُمْ أُولُو الأَحْلَامِ وَالنُّهَى» ممنوع إذ الصبي إذا سبق إلى الصف الأوّل لا يؤخر .

مسألة : وهي كثيرة الوقوع : لو بسط شخص شيئاً في مسجد مثلاً ومضى أو بسط له كان لغيره تنحيته كما جزم به الرافعي في باب الجمعة خلافاً للمروزي ، ولو نوى اعتكاف أيام في المسجد فخرج لما يجوز الخروج له في الاعتكاف وعاد كان أحقّ بموضعه وخروجه لغير ذلك ناسياً كذلك كما بحثه شيخنا ، وإن نوى اعتكافاً مطلقاً فهو أحق بموضعه ما لم يخرج من المسجد كما صرّح به في الروضة ، ويندب منع من يجلس في المسجد لمبايعة وحرفة إذ حرمته تأبى اتخاذه حانوتاً ، وتقدّم في باب الاعتكاف أن تعاطي ذلك فيه مكروه ، ولا يجوز الارتفاق بحريم المسجد إذا أضرّ بأهله ، ولا يجوز للإمام الإذن فيه حينئذ وإلا جاز ، ويندب منع الناس من استطراق حلق القرّاء والفقهاء في الجوامع وغيرها توقيراً لهم **(ولو سبق رجل إلى موضع من رباط مسبل)** في طريق أو طرف بلد وهو ممن يسكنه مثله **(أو)** سبق **(فقيه إلى مدرسة أو صوفيّ)** وهو واحد الصوفية **(إلى خانقاه)** وهي مكان الصوفية **(لم يزعج)** منه سواء أذن له الإمام أم لا **(ولم يبطل حقه)** منه **(بخروجه لشراء حاجة)** كشراء طعام **(ونحوه)** كصلاة وحمام سواء أخلف فيه غيره أم متاعه أم لا وسواء أدخله بإذن الإمام أم لا إلا إن شرط الواقف أن لا يسكن أحد إلا بإذن الإمام ، بخلاف ما إذا خرج لغير حاجة .

تنبيه : ظاهر قوله : لو سبق الخ أنه لا يحتاج في الدخول إلى إذن الناظر وليس مراداً للعرف كما أفتى به ابن الصلاح والمصنف وإن حمله ابن العماد على ما إذا جعل الواقف للناظر أن يسكن من شاء ويمنع من شاء لما في ذلك من الافتيات على الناظر ، وإن سكن بيتاً وغاب ولم تطل غيبته عرفاً ثم عاد فهو باق على حقه ، وإن سكنه غيره ، لأنه ألفه مع سبقه إليه ، ولا يمنع غيره من سكناه مدّة غيبته على أن يفارقه إذا حضر ، فإن طالت غيبته بطل حقه ، ولو طال مقام المرتفق في شارع ونحوه كمسجد لم يزعج إلا في الربط الموقوفة على المسافرين فلا يزادون على ثلاثة أيام بلياليها إلا لخوف أو مطر ، ولو شرط الواقف مدّة لم يزد عليها ، وعند الإطلاق يعمل بالعرف فيقيم الطالب في المدرسة الموقوفة على طلبة العلم حتى يقضي غرضه أو يترك التعلم والتحصيل فيزعج ، ويؤخذ من هذا كما قال

فصـــل

الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ ، وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلاَ عِلاَجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومِيَاءَ

السبكي أنه إذا نزل في مدرسة أشخاص للاشتغال بالعلم وحضور الدرس وقدر لهم من الجامكية ما يستوعب قدر ارتفاع وقفها لا يجوز أن ينزل زيادة عليهم بما ينقص ما قرّر لهم من المعلوم لما في ذلك من الإضرار بهم ، وفي فوائد المهذب للفارقي في آخر زكاة الفطر : يجوز للفقهاء الإقامة في الربط وتناول معلومها ، ولا يجوز للمتصوّف القعود في المدارس وأخذ شيء منها : لأن المعنى الذي يطلق به اسم المتصوّف موجود في حق الفقيه ، وما يطلق به اسم الفقيه غير موجود في الصوفي ، ويجوز لكل أحد من المسلمين دخول المدارس والأكل والشرب والنوم فيها ونحو ذلك مما جرى العرف به ، لا السكنى إلا الفقيه أو بشرط الواقف .

فرع : النازلون بموضع في البادية في غير مرعى البلد لا يمنعون ولم يزحموا بفتح الحاء على المرعى والمرافق إن ضاقت ، فإن استأذنوا الإمام في استيطان البادية ولم يضر نزولهم بابن السبيل راعى الأصلح في ذلك ، وإذا نزلوها بغير إذن وهم غير مضرّين بالسابلة لم يمنعهم من ذلك إلا إن ظهر في منعهم مصلحة فله ذلك .

فصـــل

في حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض **(المعدن)** وسبق بيانه في باب زكاته ، وهو نوعان ظاهر وباطن فالمعدن **(الظاهر وهو ما خرج)** أي برز جوهره **(بلا علاج)** أي عمل وإنما العمل والسعي في تحصيله ، وقد يسهل وقد لا يسهل **(كنفط)** وهو بكسر النون أفصح من فتحها وإسكان الفاء فيهما : ما يرمى به . قال الزركشي : وهو يكون على وجه الماء في العين ، وفي الصحاح أنه اسم لدهن **(وكبريت)** وهو بكسر أوّله : عين تجري ماء فإذا جمد ماؤها صار كبريتاً أبيض وأصفر وأحمر وأكدر ، ويقال : إن الأحمر الجوهر ولهذا ضربوا به المثل في العزة فقالوا : أعزّ من الكبريت الأحمر ، يقال : إن معدنه خلف بلاد وادي النمل الذي مرّ به سليمان صلوات الله وسلامه عليه وعلى سائر الأنبياء ، يضيء في معدنه ، فإذا فارقه زال ضوءه **(وقار)** وهو الزفت ، ويقال : فيه قير **(ومومياء)** وهو بضم الميم الأولى وبالمدّ ، وحكى القصر : شيء يلقيه الماء في بعض السواحل فيجمد فيه فيصير كالقار ، وقيل : إنه أحجار سود باليمن خفيفة فيها تجويف . وأما التي تؤخذ من عظام

وَبِـرَامٍ وَأَحْجَارِ رَحًى لَا يُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَـاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلَا إِقْـطَاعٍ فَإِنْ ضَـاقَ نَيْلُهُ قُدِّمَ السَّابِقُ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً فَالأَصَحُّ إِزْعَاجُـهُ، فَلَوْ جَاءَا مَعـاً أُقْرِعَ فِي الأَصَحِّ ، وَالمَعْدِنُ الْبَاطِنُ وَهُوَ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّـةٍ وَحَدِيـدٍ وَنُحَاسٍ

المـوتى ، فهي نجسة (وبـرام) بكسر المـوحدة جمـع برمـة بضمها حجـر يعمـل منـه القـدر (وأحجـار رحى) وأحجار نـورة ومدر وجص وملح مـائي وكذا جبلي إن لم يحـوج إلى حفـر وتعب (**لا يملك بالإحياء**) هذا خبر قوله المعدن ، وقوله (**ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع**) من سلطان معطوف على الخبر لأن هذه الأمور مشتركـة بين الناس مسلمهم وكـافرهم كالماء والكلأ «لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ رَجُلًا مِلْحَ مَارِبَ فَقَـالَ رَجُلٌ : يَـا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ كَالمَاءِ العَدِّ : أَي العَذْبُ قَالَ فَلَا إِذَنَ» رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه ابن حبان ، وظـاهر هـذا الحديث وكـلام المصنف أنه لا فـرق في الإقطاع بين إقـطاع التمليـك وإقـطاع الإرفاق وهو كـذلك وإن قيـد الزركشي المنـع بالأوّل ، وليس لـلإمام أن يقـطع أرضاً ليـأخذ حطبها أو حشيشها أو صيدها ، ولا بركة ليأخذ سمكها ، ولا يـدخل في هـذه الأشياء تحجـر كما لا يدخل إقطاع ، وقد مرّ في زكاة المعدن أنه يطلق على المخرج وهو المـراد هنا وعلى البقعة ، وإذ كان كـذلك فـلا تساهـل في عبارة المصنف كمـا قيل . وأمـا البقاع التي تحفـر بقرب الساحل ويساق إليها الماء فينعقد فيها ملحاً فيجوز إحياؤها وإقـطاعها (**فـإن ضاق نيله**) أي الحاصل منه عن اثنين مثلاً جاء إليه (**قدم السابق**) إليه (**بقدر حـاجته**) منـه لسبقه ويـرجع فيها إلى ما تقتضيه عادة أمثاله كمـا قالـه الإمام وأقـرّاه ، وقيل : إن أخـذ لغرض دفـع فقر أو مسكنة مكن من أخذ كفاية سنة أو العمر الغالب على الخلاف الآتي في قسم الصدقات (**فإن طلب زيـادة**) على حاجتـه (**فالأصح إزعـاجـه**) إن زوحم عن الـزيـادة ؛ لأن عكـوفـه عليـه كالتحجر . والثاني :يأخذ منه مـا شاء لسبقـه (**فلو جاءا**) إليـه (**معاً**) ولم يكف الحـاصل منـه لحـاجتهما وتنـازعا في الابتـداء (**أقرع**) بينهمـا (**في الأصح**) لعـدم المزيـة والثاني : يجتهـد الإمام ويقدّم من يراه أحوج . والثالث : ينصب من يقسم الحاصل بينهما .

تنبيـه : ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يأخذ أحدهما للتجارة والآخر للحاجة أم لا وهو المشهور ، ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً قدّم المسلم كما بحثه الأذرعي نظير ما مرّ في مقاعد الأسواق (**والمعدن الباطن ، وهو مـا لا يخرج**) أي يـظهر جـوهره (**إلا بعـلاج كذهب وفضة وحديـد**) ورصاص (**ونحـاس**) وفيروزج ويـاقوت وعقيق وسـائر الجـواهر المبثـوثة في

لَا يُمْلَكُ بِالحَفْرِ وَالْعَمَلِ فِي الأَظْهَرِ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ مَلَكَهُ ،

طبقات الأرض (لا يملك بالحفر والعمل) في موات بقصد التملك (في الأظهر) كالمعدن الظاهر . والثاني : يملك بذلك إذا قصد التملك كالموات ، وفرّق الأوّل بأن الموات يملك بالعمارة وحفر المعدن تخريب ؛ ولأن الموات إذا ملك يستغني المحيي عن العمل ، والنيل مبثوث في طبقات الأرض يحوج كل يوم إلى حفر وعمل . نعم هو أحقّ به وإذا طال مقامه ففي إزعاجه الخلاف السابق في الظاهر ، ولو ازدحم عليه آثنان وضاق عنهما فعلى ما سبق من الأوجه في المعدن الظاهر ، ولقطعة ذهب أبرزها السيل أو أتى بها حكم المعدن الظاهر .

تنبيه : سكوت المصنف عن الإقطاع هنا يفهم جوازه ، وهو الأظهر «لِأَنَّهُ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الحارِثِ المَعَادِنَ القَبْلِيَّةَ»[1] رواه أبو داود ، وهي بفتح القاف والباء الموحدة قرية بين مكة والمدينة : يقال لها : الفُرْع بضم الفاء وإسكان الراء وهذا الإقطاع إقطاع إرفاق كمقاعد الأسواق ، وقيل تمليك كإقطاع الموات (ومَن أحيا مواتاً فظهر فيه معدن باطن) كذهب (ملكه) جزماً ؛ لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ، ومن أجزائها المعدن بخلاف الركاز فإنه مودع فيها ومع ملكه له لا يجوز له بيعه على الأصحّ في الرّوضة ؛ لأن مقصود المعدن النيل وهو مجهول ، فلو قال مالكه لشخص : ما استخرجته منه فهو لي ففعل فلا أجرة له أو قال : فهو بيننا فله أجرة النصف أو قال له كله لك فله أجرته ، والحاصل مما استخرجه في جميع الصور للمالك لأنه هبة مجهول ، وخرج بظهر ما إذا كان عالماً بأن بالبقعة المحياة معدناً فآتخذ عليه داراً ، ففيه طريقان : أحدهما : أنه على القولين في تملكه بالإحياء وهو قضية إطلاق المحرّر ، فيكون الراجح عدم ملكه لفساد القصد وهو المعتمد كما هو في بعض نسخ الرّوض المعتمدة . والطريق الثاني : القطع بأنه يملكه ورجحه في الكفاية وخرج بالباطن الظاهر فلا يملكه بالإحياء إن علمه لظهوره من حيث إنه لا يحتاج إلى علاج . أما إذا لم يعلمه ، فإنه يملكه كما في الحاوي نقله عنه الشارح وهو المعتمد ، فحاصله أن المعدنين حكمهما واحد ، وإن أفهمت عبارة المصنف أن الظاهر لا يملك مطلقاً . وأما بقعة المعدنين فلا يملكها بالإحياء مع علمه بهما لفساد قصده ؛ لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ولا بستاناً أو نحوها .

---

(١) أخرجه أبو داود ١٧٣/٣ (٣٠٦١) .

وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنَ الأَوْدِيَةِ ، وَالعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا ، فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ سَقْيُ الأَعْلَى فَالأَعْلَى

تنبيه : إنما خصّ المصنف المعدن بالذكر ؛ لأن الكلام فيه ، وإلا فمن ملك أرضاً بالإحياء ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة **(والمياه المباحة من الأودية)** كالنيل والفرات ودجلة **(والعيون)** الكائنة **(في الجبال)** ونحوها من الموات وسيول الأمطار **(يستوي الناس فيها)** لخبر «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاَثَةٍ : فِي المَاءِ والكلأ وَالنَّارِ»[1] رواه ابن ماجه بإسناد جيد ، فلا يجوز لأحد تحجرها ولا للإمام إقطاعها بالإجماع كما نقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ، ولو حضر اثنان فصاعداً أخذ كلّ ما شاء ، فإن ضاق وقد جاءا معاً قدم العطشان لحرمة الروح ، فإن استويا في العطش أو في غيره أقرع بينهما ، وليس للقارع أن يقدّم دوابه على الآدميين ، بل إذا استووا استؤنفت القرعة بين الدواب ، ولا يحمل على القرعة المتقدّمة ؛ لأنهما جنسان وإن جاءا مترتبين قدّم السابق بقدر كفايته إلا أن يكون مستقياً لدوابه ، والمسبوق عطشان فيقدّم المسبوق ، والمراد بالمباح ما لا مالك له ، واحترز به عن الماء المملوك وسيذكره .

فرع : كل أرض وجد في يد أهلها نهر لا تسقى تلك الأرض إلا منه ولم يدر أنه حفر أو انحفر حكم لهم بملكه : لأنهم أصحاب يد وانتفاع ، والظاهر كما قال الأذرعي : أن صورة المسألة أن يكون منبعه من أراضيهم المملوكة لهم . أما لو كان منبعه بموات أو كان يخرج من نهر عامّ كدجلة فلا ، بل هو باق على الإباحة . قال الزركشي : ولو كان في الماء المباح قاطنون فأهل النهر أولى به قاله أبو الطيب ، وفي معنى ذلك حافات المياه التي يعمّ جميع الناس الارتفاق بها فلا يجوز تملك شيء منها بإحياء ولا ابتياع من بيت المال ولا بغيره ، وقد عمت البلوى بالأبنية على حافات النيل كما عمت بالقرافة مع أنها مسبلة اهـ ، وقد مرّت الإشارة إلى بعض ذلك **(فإن أراد قوم سقي أراضيهم)** بفتح الرّاء بلا ألف بعدها **(منها)** أي المياه المباحة **(فضاق)** الماء عنهم وبعضها أعلى من بعض **(سقي الأعلى فالأعلى)** ولو كان زرع الأسفل قبل أن ينتهي الماء إليه ، فلا يجب على من فوقه إرساله إليه

(١) أخرجه أبو داود ٣/٢٧٨ في البيوع «٣٤٧٧» بلفظ المسلمون .
وأخرجه ابن ماجه من رواية ابن عباس ٢/٨٢٦ في الرهون «٢٤٧٢» .
وأخرجه أحمد في المسند ٥/٣٦٤ .
وأخرجه ابن ماجه بسند صحيح ٢/٨٢٦ حديث «٢٤٧٣» .

وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ المَـاءَ حَتَّى يَبْلغَ الْكَعْبَيْنِ ، فَإِنْ كانَ في الأَرْضِ ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ ،

كما قاله أبو الطيب (وحبس كلّ واحد) منهم (الماء حتى يبلغ الكعبين) «لِأَنَّهُ ﷺ قَضَى بِذَلِكَ» رواه أبو داود بإسناد حسن ، وهذا ما عليه الجمهور . وقال الماوردي : ليس التقدير بالكعبين في كل الأزمان والبلدان ؛ لأنه مقدّر بالحاجة والحاجة تختلف ، وبه جزم المتولي . وقال السبكي : إنه قويّ جدًّا ، والحديث واقعة حال يحتمل أن التقدير فيها لما اقتضاه حالها ، ولولا هيبة الحديث وخوفي سرعة تأويله وحمله لكنت أختاره ، لكن أستخير الله فيه حتى ينشرح صدري ، ويقذف الله فيه نور المراد لنبيه ﷺ اهـ ، والمراد بالأعلى المحيي قبل الثاني وهكذا لا الأقرب إلى النهر ، وعبروا بذلك جرياً على الغالب من أن من أحيا بقعة يحرص على قربها من الماء ما أمكن لما فيه من سهولة السقي وخفة المؤنة وقرب عروق الغراس من الماء ومن هنا يقدّم الأقرب إلى النهر أن أحيوا دفعة أو جهل السابق منهم ، وهو المعتمد ، وإن قال الأذرعي : ولا يبعد الإقراع ، وخرج بضاق ما إذا اتسع : بأن كان يكفي جميعهم فيرسل كل منهم الماء في ساقيته إلى أرضه (فإن كان في الأرض) الواحدة (ارتفاع) لطرف منها (وانخفاض) لآخر منها (أفرد كل طرف بسقي) لأنهما لو سقيا معاً لزاد الماء في المنخفضة على القدر المستحق ، وطريقه كما في الروضة أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ثم يسدّه ثم يسقي المرتفع ، والظاهر كما قال السبكي : أنه لا يتعين البداءة بالأسفل ، بل لو عكس جاز ، ومرادهم أنه لا يزيد في المستغلة على الكعبين ، وصرّح في الاستقصاء بالتخيير بين الأمرين وهو ظاهر ، ولو احتاج الأعلى إلى السقي مرّة أخرى قبل وصوله للأسفل قدّم ، ولو تنازعا متحاذيان بأن تحاذت أرضهما أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين تعينت القرعة ، إذ لا مزية لأحدهما على الآخر ، وهذا كما قال الأذرعي إذا أحييا دفعة أو جهل أسبقهما ، ولا ينافي هذا ما تقدّم من أنه يقدّم الأعلى فيما إذا أحيوا معاً أو جهل الأسبق ؛ لأنه إنما قدم هناك لقربه من النهر ، ولا مزية هنا مع أنه قيل بالإقراع كما مرّ ، ولو أراد شخص إحياء أرض موات وسقيها من هذا النهر ، فإن ضيق على السابق منع من الإحياء ؛ لأنهم استحقوا أرضهم بمرافقها والماء من أعظم مرافقها وإلا فلا منع ، وقضية ذلك أنه لا يتقيد المنع بكونه أقرب إلى رأس النهر وهو كذلك كما هو ظاهر كلام الرّوضة خلافاً لابن المقري .

وَمَا أُخِذَ مِنْ هٰذَا المَاءِ في إنَاءٍ مُلِكَ على الصَّحِيحِ ، وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ أَوْلَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ ،

تنبيه : عمارة هذه الأنهار من بيت المال ، ولكل من الناس بناء قنطرة عليها يمرّون عليها وبناء رحى عليها إن كانت الأنهار في موات أو في ملكه ، فإن كانت من العمران جاز مطلقاً إن كان العمران واسعاً ، وبإذن الإمام إن كان ضيقاً ، ويجوز بناء الرّحى أيضاً إن لم يضرّ بالملاك وإلا فلا كإشراع الجناح في الشارع فيهما **(وما أخذ من هذا الماء)** المباح **(في إناء)** أو حوض مسدود المنافذ أو بركة أو حفرة في أرض أو نحو ذلك **(ملك على الصحيح)** كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع . وقال ابن الصلاح في فتاويه : الدولاب الذي يديره الماء إذا دخل الماء في كيزانه ملكه صاحب الدولاب بذلك كما لو استقاه بنفسه . والثاني : لا يملك الماء بحال ، بل يكون بحرزه أولى به من غيره ، وعلى الأوّل لو ردّه إلى محله لم يصر شريكاً به بآتفاق الأصحاب ، وهل يحرم عليه ردّه ؛ لأن فيه ضياع مال كما لو رمى في البحر فلساً فإنه يحرم عليه ، ظاهر كلامهم عدم الحرمة . وقد سئلت عن هذه المسألة قبل ذلك وما أجبت فيها بشيء ، وقد ظهر لي الآن عدم الحرمة لما قيل من أن الماء لا يملك بحال . وخرج بالإناء ونحوه الداخل في ملكه بسيل فإنه لا يملكه بدخوله في الأصح ، فلو أخذه غيره ملكه وإن كان دخوله في ملكه بغير إذنه حراماً ، ومن حفر نهراً ليدخل فيه الماء من الوادي ، فالماء باق على إباحته ، لكن مالك النهر أحق به ولغيره الشرب وسقي الدواب والاستعمال منه ولو بدلو لجريان العرف بذلك **(وحافر بئر بموات)** لا للتملك بل **(للارتفاق)** بها لنفسه مدّة إقامته هناك كمن ينزل في الموات ويحفر للشرب وسقي الدواب **(أولى بمائها)** من غيره فيما يحتاج إليه كسقي ماشيته وزرعه **(حتى يرتحل)** لحديث «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» . أما ما فضل عن حاجته قبل ارتحاله فليس له منع ما فضل عنه لشرب أو ماشية ، وله منع غيره من سقي الزرع به ، فإذا ارتحل صار البئر كالمحفورة للمارة ، أولاً بقصد شيء ، فإن عاد فهو كغيره . قال الأذرعي : هذا إذا ارتحل معرضاً . أما لو كان لحاجة عازماً على العود فلا إلا أن تطول غيبته اهـ وهو حسن ، وإعراضه عنها كارتحاله كما اقتضاه كلام الرّوياني .

تنبيه : كان ينبغي للمصنف أن يقول لارتفاق نفسه كما قدّرته في كلامه ليخرج ما لو حفرها لارتفاق المارّة ، فإن الحافر كأحدهم أو حفرها لا بقصد شيء فإنه لا يختصّ بها على الأصح ، بل هو كواحد من الناس وتصير مشتركة بين الناس وإن لم يتلفظ بوقف كما صرّح

وَالمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ يَمْلِكُ مَاءَهَا في الأَصَحِّ ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لاَ لاَ يَلْزَمُهُ بَذْلُ ما فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ ، وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ ،

به الصيمري والماوردي . قالا ولو حفر لنفسه ثم أراد سدّها ليس له ذلك ؛ لأنه قد تعلق بها حقّ الماشية بظهور مائها ، فلم يكن له إبطاله (و) البئر (**المحفورة**) في الموات لا للمارّة بل (**للتملك أو في ملك يملك**) الحافر (**ماءها في الأصح**) ؛ لأنه نماء ملكه كالثمرة واللبن والشجر النابت في ملكه . والثاني : لا يملكه لخبر «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ» السابق ، ويجري الخلاف كما قال الرّوياني في كل ما ينبع في ملكه من نفط وقير وملح ونحوها (**وسواء ملكه**) على الصحيح (**أم لا**) على مقابله (**لا يلزمه بذل ما فضل عن حاجته لزرع**) وشجر (**ويجب**) بذل الفاضل منه عن شربه لشرب غيره من الآدميين وعن ماشيته وزرعه لغيره (**لماشية**) ولو أقام غيره ثمّ . وقوله : (**على الصحيح**) يمكن عوده إلى عدم الوجوب للزرع وإلى الوجوب للماشية فإن الخلاف فيهما ، وذلك لخبر الصحيحين «لَا تَمْنَعُوا فَضْلَ المَاءِ لِتَمْنَعُوا بِهِ الكَلأَ»[1] أي من حيث إن الماشية إنما ترعى بقرب الماء فإذا منع من الماء فقد منع من الكلأ ، والمراد بالماشية هنا الحيوانات المحترمة ، وأطلق المصنف الحاجة ، وقيدها الماوردي بالناجزة . قال : فلو فضل عنه الآن وآحتاج إليه في ثاني الحال وجب بذله ؛ لأنه يستخلف ، هذا إن كان هناك كلأ مباح ولم يجد ماءً مبذولاً له ولم يحرزه في إناء ونحوه ، وإلا فلا يجب بذله ، وإنما وجب بذله للماشية دون الزرع لحرمة الرّوح ، وقيل : يجب للزرع كالماشية ، وقيل : لا يجب للماشية كالماء المحرز ، ولا يجب بذل فضل الكلأ ؛ لأنه لا يستخلف في الحال ويتموّل في العادة ، وزمن رعيه يطول بخلاف الماء ، وحيث لزمه بذل الماء للماشية لزمه أن يمكنها من ورود البئر إن لم يضرّ به ، فإن ضرّ به لم يلزمه تمكينها وجاز للرّعاة استقاء الماء لها ، وبما تقرّر علم ما في كلام المصنف من الإجحاف ، وحيث وجب البذل لم يجز أخذ عوض عليه وإن صحّ بيع الطعام للمضطرّ لصحة النهي عن بيع فضل الماء رواه مسلم ، ولا يجب على من وجب عليه البذل إعارة آلة الاستقاء . ويشترط في بيع الماء التقدير بكيل أو وزن لا بريّ الماشية والزرع ، والفرق بينه وبين جواز الشرب من ماء السقاء بعوض أن الاختلاف في شرب الآدميّ أهون منه في شرب الماشية والزرع .

---

(١) أخرجه البخاري ٣١/٥ (٢٣٥٤) ومسلم ١١٩٨/٣ (١٥٦٦/٣٧) .

وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ ماؤُها بِنَصْبِ خَشَبَةٍ في عُرْضِ النَّهْرِ فِيها ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ ، وَلَهُمُ الْقِسْمَةُ مُهايَأَةً .

تنبيه : الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إذا كان السقي لا يضرّ بمالكها جائز إقامة للإذن العرفي مقام اللفظي ، قاله ابن عبد السلام . ثم قال : نعم لو كان النهر لمن لا يعتبر إذنه كاليتيم والأوقاف العامة فعندي فيه وقفة والظاهر الجواز **(والقناة)** أو العين **(المشتركة)** بين جماعة **(يقسم ماؤها)** عند ضيقه عنهم **(بنصب خشبة)** مستوية الطرفين والوسط موضوعة بمستو من الأرض ، وقوله **(في عرض النهر)** متعلق بنصب **(فيها ثقب)** بضم المثلثة أوّله بخطه ، ولو قرئت بنون مضمومة جاز **(متساوية)** تلك الثقب **(أو متفاوتة على قدر الحصص)** من القناة أو العين ؛ لأنه طريق في استيفاء كل واحد حصته ، فلو كان لواحد النصف ولآخر الثلث ولآخر السدس جعل فيها ست ثقب للأوّل ثلاثة ، وللثاني اثنان ، وللثالث واحد ، ويجوز تساوي الثقب مع تفاوت الحقوق ، كأن يأخذ صاحب الثلث ثقبة والآخر ثقبتين ، هذا إن علم قدر الحصص ، فإن جهل قسم على قدر الأرض على الأصحّ في زيادة الرّوضة ؛ لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك ويصنع كل واحد بنصيبه ما شاء . لكن لا يسوقه لأرض لا شرب لها من النهر ؛ لأنه يجعل لها شرباً لم يكن . أما إذا اتسع ماء القناة أو العين بحيث يحصل لكل قدر حاجته لم يحتج لما ذكر **(ولهم)** أي الشركاء **(القسمة مهايأة)** وهي أمر يتراضون عليه كأن يسقي كل منهم يوماً أو بعضهم يوماً وبعضهم أكثر بحسب حصته ، ويستأنس لذلك بقوله تعالى ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾ وكسائر الأملاك المشتركة ، ولكلّ منهم الرجوع متى شاء ، فإن رجع وقد أخذ نوبته قبل أن يأخذ الآخر نوبته ، فعليه أجرة نوبته من النهر للمدّة التي أخذ نوبته فيها ، ويمنع أحدهم من توسيع فم النهر ومن تضييقه ، ومن تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء ومن تأخيره ، ومن إجراء ماء يملكه فيه ، ومن بناء قنطرة ورحى عليه ، ومن غرس شجر على حافته إلا برضا الباقين كما في سائر الأملاك المشتركة وعمارته بحسب الملك .

تنبيه : قوله : مهايأة منصوب إما على الحال على المبتدأ وهو القسمة بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره ، أو على أنها مفعول بفعل محذوف بتقدير ويقسم مهايأة ، ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على قول من جوّز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون ، وعليه فنصب مهايأة على الحال من الفاعل .

. . . .

خاتمة : لا يصح بيع ماء البئر والقناة منفرداً عنهما لأنه يزيد شيئاً فشيئاً ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم ، فإن باعه بشرط أخذه الآن صحّ ، ولو باع صاعاً من ماء راكد صحّ لعدم زيادته أو من جار فلا ؛ لأنه لا يمكن ربط العقد بمقدار مضبوط لعدم وقوفه ، ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصحّ البيع في الجميع للجهالة ، وإن أفهم كلام الرّوضة البطلان في الماء فقط عملاً بتفريق الصفقة ، فإن اشترى البئر وماءها الظاهر أو جزأيهما شائعاً وقد عرف عمقها فيها صح وما ينبع في الثانية هو مشترك بينهما كالظاهر ، بخلاف ما لو اشتراها أو جزأها الشائع دون الماء أو أطلق لا يصح لئلا يختلط الماءان، ولو سقى زرعه بماء مغصوب ضمن الماء ببدله والغلة له ، لأنه المالك للبذر ، فإن غرم البدل وتحلل من صاحب الماء كانت الغلة أطيب له مما لو غرم البدل فقط ، ولو أشعل ناراً في حطب مباح لم يمنع أحداً الانتفاع بها ولا الاستصباح منها ، فإن كان الحطب له ، فله المنع من الأخذ منها لا الاصطلاء بها ولا الاستصباح منها .

كِتَابُ ٱلوَقْفِ

كِتَابُ ٱلوَقْفِ

هو والتحبيس والتسبيل بمعنى ، وهو لغة الحبس ، يقال : وقفت كذا : أي حبسته ، ولا يُقَال : أوقفته إلا في لغة تميمية وهي رديئة وعليها العامة ، وهو عكس حبس فإن الفصيح أحبس . وأما حبس فلغة رديئة ، وشرعاً حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرّف في رقبته على مصرف مباح موجود[1] ، ويجمع على وقوف وأوقاف . والأصل فيه قوله تعالى ﴿لَنْ تَنَالُوا البِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران : ٩٢] فإن أبا طلحة لما سمعها رغب في وقف بيرحاء وهي أحب أمواله ، وقوله تعالى ﴿وَمَا يَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَنْ يُكْفَرُوهُ﴾ [آل عمران : ١١٥] وخبر مسلم «إِذَا مَاتَ آبْنُ آدَمَ آنْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»[2] والولد الصالح هو القائم

---

(١) الوقف لغة : الحبس . قال الأزهري : يقال : حبست الأرض ووقفتها ، وحبست أكثر استعمالاً ، قال أهل اللغة : يقال : وقفت الأرض وغيرها . أقفها وقفاً ، وهذه اللغة الفصيحة المشهورة .

قال الجوهري وغيره : ويقال : أوقفتها في لغة ردية ، قال : وليس في الكلام «أوقفت» إلا حرفاً واحداً : أوقفت عن الأمر الذي كنت عليه .

انظر : تحرير التنبيه : ٢٥٩ .

واصطلاحاً :

عرّفه الحنفية بأنه : حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة .

عرّفه المالكية بأنه : جعل منفعة مملوك ولو بأجره أو غلته لمستحقه بصيغة مدة ما يراه المحبس .

عرّفه الحنابلة بأنه : تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر ، وتسبيل المنفعة تقرباً إلى الله تعالى .

انظر : الهداية : ١٣/٣ ، مجمع الأنهر : ٧٣١/١ ، بلغة السالك : ٢٧٤/٢ ، الشرح الصغير : ٢٠٣/٤ ، كشاف القناع : ٢٤٠/٤ ، الإقناع : ٢/٣ .

(٢) أخرجه مسلم ١٢٥٥/٣ في الوصية «١٦٣١/١٤» .

وأخرجه أبو داود ١١٧/٣ في الوصايا «٢٨٨٠» .

وأخرجه الترمذي ٦٦٠/٣ في الأحكام «١٣٧٦» .

وأخرجه النسائي ٢٥١/٦ في الوصايا .

شَرْطُ الْوَاقِفِ صِحَّةُ عِبَارَتِـهِ وَأَهْلِيَّةُ التَّبَـرُّعِ ،

بحقوق الله تعالى وحقوق العباد ، ولعل هذا محمول على كمال القبول . وأما أصله فيكفي فيه أن يكون مسلماً ، والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف كما قاله الرافعي فإن غيره من الصدقات ليست جارية ، بل يملك المتصدّق عليه أعيانها ومنافعها ناجزاً . وأما الوصية بالمنافع وإن شملها الحديث فهي نادرة ، فحمل الصدقة في الحديث على الوقف أولى ، وفي الصحيحين «أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَصَابَ أَرْضاً بِخَيْبَرَ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا تَأْمُرُنِي فِيهَا ؟ فَقَالَ : إنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ عَلَى أَنْ لاَ يُبَاعَ أَصْلُهَا وَلاَ يُوهَبُ وَلاَ يُوَرَّثُ»[1] وهو أوّل وقف في الإسلام على المشهور ، وقال جابر رضي الله تعالى عنه : ما بقي أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة إلا وقف ، وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه في القديم : بلغني أن ثمانين صحابياً من الأنصار تصدّقوا بصدقات محرمات ، والشافعي يسمي الأوقاف الصدّقات المحرمات . وأركانه أربعة : واقف وموقوف وموقوف عليه وصيغة . وقد شرع في الركن الأوّل فقال : (شرط الواقف صحة عبارته) دخل في ذلك الكافر ، فيصحّ منه ولو لمسجد ، وإن لم يعتقده قربة اعتباراً باعتقادنا ، وإن قال الواحدي : لا يصحّ منه آعتباراً باعتقاده ، وخرج الصبي والمجنون فلا يصحّ وقفهما ، ودخل في قوله (وأهلية التبرع) المبعض والمريض مرض الموت ، ويعتبر وقفه من الثلث وخرج المكاتب والمحجور عليه بسفه أو فلس ولو بمباشرة الوليّ ، وهذا الشرط يغني عن الأوّل ؛ فإنه يلزم منه صحة العبارة ولا بدّ أن يكون مختاراً فلا يصحّ من مكره ، ولا يعتبر كون الوقف معلوماً للواقف فدلّ على صحة وقف ما لم يره ، وهو ما صححه في زيادة الرّوضة تبعاً لابن الصلاح وقال لا خيار له إذا رآه ، وعلى هذا يصح وقف الأعمى ، وهو كذلك وإن لم يصرّحوا به فيما علمت .

تنبيه : كان ينبغي للمصنف أن يقول : وأهلية التبرّع في الحياة فإن السفيه أهل

(١) أخرجه البخاري ٤١٨/٥ في الشروط «٢٧٣٧» .
وأخرجه مسلم ١٢٥٥/٣ في الوصية «١٦٣٢/١٥» .
وأخرجه أبو داود ١١٦/٣ في الوصايا «٢٨٧٨» .
وأخرجه الترمذي ١٣٧٥/٣ في الأحكام «١٣٧٥» .
وأخرجه النسائي ٦/ ٢٣٠ في الأحباس .
وأخرجه ابن ماجه ٨٠١/٢ في الصدقات «٢٣٩٦» .

وَالمَوْقُـوفِ دَوَامُ الإِنْتِفَاعِ بِـهِ ، لَا مَطْعُومٌ وَرَيْحَانٌ ،

للتبرّع بعد المـوت ومع ذلـك لا يصحّ وقفـه . نعم لو قـال : وقفت داري على الفقراء بعـد مـوتي صحّ ؛ لأنـه تصحّ وصيتـه . ثم شرع في شـرط الـركن الثـاني ، فقـال : **(و)** شـرط **(الموقوف)** مع كونه عيناً معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل ويحصل منها فائـدة أو منفعة يستـأجر لها **(دوام الانتفاع به)** آنتفاعاً مباحاً مقصوداً ، فخرج بالعين المنفعة والوقف الملتزم في الذمّة كمـا سيأتي ، وبـالمعينة وقف أحـد داريه ، وبـالمملوكـة مـا لا يملك ، وآستثنى من اعتبـار الملك وقف الإمام شيئاً من أرض بيت المال فإنه يصحّ كمـا صرّح بـه القاضي حسين ، وإن تـوقف فيه السبكي سـواء أكان على معين أم جهـة عامـة ، وأفتى بـه المصنف وأفتى بـه أبـو سعيد بن أبي عصرون للسلطان نـور الدين الشهيـد متمسكاً بـوقف عمر رضي الله تعـالى عنه سـواد العراق ، ونقله ابن الصـلاح في فوائـد رحلتـه عن عشـرة أو يـزيـدون ثم وافقهم على صحتـه ، ونقـل صـاحب المـطلب في بـاب قسم الفيء والغنيمـة صحتـه عن النصّ ، وفي الشرح والرّوضة لو رأى الإمام وقف أرض الغنيمة كما فعل عمر رضي الله تعالى عنه جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها بعـوض أو بغيره ، وبقبـول النقل أم الـولد والحمـل فإنه لا يصحّ وقفه منفرداً وإن صح عتقه . نعم إن وقف حاملاً صحّ فيه تبعاً لأمـه كما صـرّح به شيخنا في شرح الرّوض ، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين ، والمـراد بالفـائدة اللبن والثمرة ونحوهما ، وبالمنفعة السكنى واللبس ونحوهما وبيستأجر لها وبدوام الانتفاع الـطعام ونحوه كما سيأتي ، ويستثنى من ذلك وقف الفحل للضراب فـإنه جـائز ولا تجـوز إجارتـه ، ومن دوام الانتفاع المدبر والمعلق عتقه بصفة فإنه يصحّ وقفهما مع أنه لا يدوم النفـع بهما ؛ لأنهما يعتقان بموت السيد ووجود الصفة ويبـطل الوقف . وبمبـاحاً وقف آلات المـلاهي فلا يصـحّ وقفها ، وإن كـان فيها منفعـة قائمـة ، لأنها غيـر مبـاحـة ، وبمقصـوداً وقف الـدراهم والدنانير للتزيين فإنه لا يصح على الأصح المنصوص .

تنبيـه : يصحّ الوقف بـالشروط المتقـدّمة وإن انتفى النفـع حالاً كـوقف عبد وجحش صغيرين وزمن يرجى برؤه ، وكمن أجر أرضاً ثم وقفها ، وهـذه حيلة لمن يريـد إبقاء منفعـة الشيء الموقوف لنفسه مدّة بعد وقفه **(لا مطعوم وريحان)** برفعهما ، فلا يصح وقفهما ولا مـا في معناهما ، لأن منفعة المطعوم في آستهلاكه ، وعلل في الرّوضة كأصلها عدم صحة وقف الريحان بسرعة فساده ، وقضيته تخصيصه بالرياحين المحصودة . أما المزروعة فيصـح وقفها للشم كما قال المصنف في شرح الوسيط إنه الظاهر لأنه يبقى مدة ، وفيه منفعـة أخرى وهي

وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ وَمُشَاعٍ ، لاَ عَبْدٍ وَثَـوْبٍ في الذِّمَّـةِ ، وَلاَ

التنزه ، وقال الخوارزمي وابن الصلاح : يصح وقف المشموم الدائم نفعه كالمسك والعنبر والعود ، ويطلق الريحان على كل نبت رطب غض طيب الريح فيدخل الورد لريحه (ويصح وقف عقار) من أرض أو دار بالإجماع (و) وقف (منقول) كعبد وثوب لقوله ﷺ «وَأَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِداً فَإِنَّهُ ٱحْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْبُدَهُ»(١) رواه الشيخان من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، وأعبده رواه المتولي بالباء الموحدة جمع عبد . وقال السبكي : الصواب أعتدة بالتاء المثناة جمع عتاد ، وهو كل ما أعدّه من السلاح والدواب كما قاله الخطابي وجماعة . واتفقت الأمة في الأعصار على وقف الحصر والقناديل والزلالي في المساجد من غير نكير (و) وقف (مشاع) من عقار أو منقول ؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه وقف مائة سهم من خيبر مشاعاً ، رواه الشافعي ، ولا يسري إلى الباقي ؛ لأنها من خواص العتق .

تنبيه : ظاهر كلامه كغيره أنه يصح وقف المشاع مسجداً وبه صرّح ابن الصلاح ، وقال : يحرم المكث فيه على الجنب تغليباً للمنع وتجب القسمة لتعينها طريقاً . قال السبكي : والقول بوجوبها مخالف للمذهب المعروف يعني من منع قسمة الوقف من المطلق إلا أن يكون فيه نقل صريح بخصوصه ، وأفتى البارزي بجواز المكث فيه ما لم يقسم ، كما يجوز للجنب حمل المصحف مع الأمتعة ، وٱعترضه السبكي بأن محل جواز حمل المصحف مع الأمتعة إذا لم يكن مقصوداً اهـ وكلام ابن الصلاح هو الظاهر كما قاله ابن شهبة ، وتستثنى هذه الصورة من منع قسمة الوقف من المطلق للضرورة : ولا فرق بين أن يكون الموقوف مسجداً هو الأقلّ أم لا . فإن قيل : ينبغي عدم حرمة المكث فيما إذا كان الموقوف مسجداً أقل كما أنه لا يحرم حمل التفسير إذا كان القرآن أقلّ على المحدث . أجيب بأن المسجدية هنا شائعة في جميع أجزاء الأرض غير متميزة في شيء منها فلم يمكن تبعية الأقلّ للأكثر إذ لا تبعية إلا مع التمييز بخلاف القرآن ؛ فإنه متميز عن التفسير فٱعتبر الأكثر ليكون الباقي تابعاً ، ومرّ في باب الاعتكاف أنه لا يصح الاعتكاف فيه (لا عبد وثوب) مثلاً (في الذمّة) سواء في ذلك ذمّته وذمّة غيره كأن يكون له في ذمّة غيره عبد أو ثوب بسلم أو غيره فلا يصح وقفهما إذ لا ملك والوقف إزالة ملك عن عين . نعم يصح وقفهما بالتزام نذر في ذمة الناذر كقوله : لله عليّ وقف عبد أو ثوب مثلاً ثم يعينه بعد ذلك (ولا) يصح

(١) أخرجه البخاري ٣/٣٣١ (١٤٦٨) ومسلم ٢/٦٧٦ (١١/٩٨٣) .

وَقْفُ حُرٍّ نَفْسَهُ ، وكَذَا مُسْتَوْلَدَةٍ وكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وأَحَدِ عَبْدَيْهِ في الأَصَحِّ ، ولَوْ وقَفَ بِنَاءً أَوْ غَرْساً في أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا فَالأَصَحُّ جَوَازُهُ

(وقف حرّ نفسه) ؛ لأن رقبته غير مملوكة ، كما لا يهب نفسه ، ولا يصح وقف المنفعة دون الرقبة مؤقتة كانت كالإجارة أو مؤبدة كالوصية ؛ لأن الرقبة أصل والمنفعة فرع ، والفرع يتبع الأصل **(وكذا مستولدة وكلب معلم)** أو قابل للتعليم كما بحثه السبكي **(وأحد عبديه)** لا يصح وقف واحد منهم **(في الأصح)** لأن المستولدة آيلة إلى العتق وليست قابلة للنقل إلى الغير ، وبهذا فارقت صحة وقف المعلق عتقه بصفة والكلب غير مملوك وأحد العبدين مبهم . والثاني يصح في أم الولد قياساً على صحة إجارتها ، وفي الكلب كذلك على رأي ، وفي أحد العبدين قياساً على عتقه ، وفرق الأوّل بأن العتق أنفذ بدليل سرايته وتعليقه . أما غير المعلم والقابل للتعليم فلا يصح وقفه جزماً **(ولو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجرة لهما)** أو مستعارة كذلك ، أو موصى له بمنفعتها **(فالأصح جوازه)** سواء أكان الوقف قبل انقضاء المدّة أم بعده كما صرّح به ابن الصلاح ، أو بعد رجوع المعير ؛ لأن كلًّا منهما مملوك يمكن الانتفاع به في الجملة مع بقاء عينه ، ويكفي دوامه إلى القلع بعد مدّة الإجارة أو رجوع المعير . والثاني : المنع ؛ لأنه معرّض للقلع فكأنه وقف ما لا ينتفع به .

تنبيه : ظاهر كلامهم أنه لو غرس أو بنى بعد انقضاء مدة الإجارة أو رجوع المعير أنه لا يصح وقفه وهو كذلك ؛ لأنه غير موضوع بحق ولذا قال شيخنا في منهجه : وبناء وغراس وضعا بأرض بحق اهـ ولو قلع البناء بعد انقضاء مدّة الإجارة أو رجوع المعير بقي وقفاً كما كان إن نفع ، فإن لم ينفع فهل يصير ملكاً للواقف أو للموقوف عليه ؟ وجهان . قال الإسنوي : والصحيح غيرهما وهو شراء عقار أو جزء من عقار ، ويقاس بالبناء في ذلك الغراس . وقال السبكي : الوجهان بعيدان ، وينبغي أن يقال : الوقف باق بحاله وإن كان لا ينتفع به ، لأنّا لو جعلناه ملكاً للموقوف عليه أو للواقف لجاز بيعه وبيع الوقف ممتنع اهـ ، وكلام الإسنوي هو الظاهر إن كان الغراس ما بقي يصلح إلا للإحراق وصارت آلة البناء لا تصلح له وإلا فكلام السبكي وأرش النقص الحاصل بقطع الموقوف يسلك به مسلكه فيشتري به شيء ويوقف على تلك الجهة .

فرع : لو شرط الواقف صرف أجرة الأرض المستأجرة من ريع الموقوف هل يصح الوقف أو لا ؟ قيل : لا يصح ؛ لأن الأجرة دين في ذمته فأشبه ما لو وقف على قضاء دينه .

فَإِنْ وقَفَ على مُعَيَّنٍ واحِدٍ أَوْ جَمْعٍ اشْتُرِطَ إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ فَلَا يَصِحُّ على جَنِينٍ ولَا على الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ ، فَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَيْهِ فَهُوَ وقْفٌ على سَيِّدِهِ ،

وقال ابن دقيق العيد : الظاهر الصحة ، ووقف البناء لا يمنع وجوب أجرة القرار ، فإذا شرط صرف الأجرة من ريعه فقد شرط ما يوافق مقتضى العقد ولا ينافيه شرعاً . قال الزركشي : وقد صرّح ابن الأستاذ بأن الأجرة من ريع الوقف إن شرط الواقف ذلك أو سكت عنه اهـ ، وما بحثه ابن دقيق العيد وقاله ابن الأستاذ غير الصورة المختلف فيها ؛ لأن تلك في إجارة استأجرها الواقف قبل الوقف ، ولزمت الأجرة ذمته : وما قالاه في أجرة المثل إذا بقي الموقوف بها ، والذي ينبغي أن يقال في الصورة الأولى أنه إن شرط أن يوفي منه ما مضى من الأجرة فالبطلان أو المستقبل فالصحة ، وكذا إن أطلق ويحمل على المستقبل . فإن قيل : الأجرة لازمة لذمته على كل حال قبل الوقف . أجيب بأنها إنما تستقرّ شيئاً فشيئاً بحسب ما يمضي من الزمان .

تنبيه : لقوله لهما أي للبناء والغراس.ثم شرع في ركن الثالث وهو على قسمين: معين وغيره، وقد بدأ بالقسم الأوّل فقال: (**فإن وقف على معين**) من (**واحد**) أو اثنين (**أو جمع اشترط إمكان تمليكه**) في حال الوقف عليه بوجوده في الخارج ، فلا يصح الوقف على ولده وهو لا ولد له ، ولا على فقير أولاده ولا فقير فيهم ، فإن كان فيهم فقير وغني صحّ ، ويعطي منه أيضاً من افتقر بعد كما قاله البغوي ، وبكونه أهلاً لتملك الموقوف ، (**فلا يصح**) الوقف (**على جنين**) لعدم صحة تملكه وسواء أكان مقصوداً أم تابعاً حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل ، نعم إن انفصل دخل معهم ، إلا أن يكون الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل كما قاله الأذرعي .

تنبيه : قد علم مما ذكر أن الوقف على الميت لا يصح ؛ لأنه لا يملك وبه صرّح الجرجاني ، ولا على أحد هذين الشخصين لعدم تعيين الموقوف عليه (**ولا**) يصح (**على العبد نفسه**) أي نفس العبد سواء أكان له أم لغيره ؛ لأنه ليس أهلاً للملك (**فلو أطلق الوقف عليه**) فإن كان له لم يصح ؛ لأنه يقع للواقف ، وإن كان لغيره (**فهو وقف على سيده**) كما في الهبة والوصية والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة حكمهم كذلك . وأما المكاتب فإن كان مكاتب نفسه لم يصح الوقف عليه كما جزم به الماوردي وغيره نظير ما في إعطاء الزكاة له ، أو مكاتب غيره صح كما جزم به الماوردي أيضاً وجرى عليه ابن المقري ؛ لأنه

وَلَوْ أَطْلَقَ الْـوَقْفَ عَلى بَهِيمَةٍ لَغَـا ، وقيلَ هُـوَ وقْفٌ على مَالِكِها ويَصِحُّ على ذِمِّيّ ،

يملك ، فإن عجز بان أن الوقف منقطع الابتداء ؛ لأنه يسترجع منه ما أخذه ، وإن عتق وقيد الوقف بمدة الكتابة بان أنه منقطع الانتهاء فيبطل استحقاقه وينتقل الوقف إلى من بعده ، فإن أطلقه دام استحقاقه ، وفي معنى التقييد ما لو عبر بمكاتب فلان . وأما الوقف على المبعض فالظاهر كما قال شيخنا أنه إن كان مهايأة وصدر الوقف عليه يوم نوبته فكالحرّ ، أو يوم نوبة سيده فكالعبد ، وإن لم تكن مهايأة وزع على الرّق والحريّة ، وعلى هذا يحمل إطلاق ابن خير أن صحة الوقف عليه ، ولو أراد مالك المبعض أن يقف نصفه الرقيق على نصف الحرّ فالظاهر كما قال السبكي الصحة كما لو أوصى به لنصفه الحرّ ، ويصح الوقف على الأرقاء الموقوفين لخدمة الكعبة ونحوها كقبره ﷺ وبيت المقدس كالوقف على علف الدواب المرصدة في سبيل الله ، ولا يصح الوقف على الدار وإن قال على عمارتها ؛ لأنها لا تملك إلا إن قال : وقفت هذا على هذه الدار لطارقها ؛ لأن الموقوف عليه حقيقة طارقوها وهم يملكون وإلا إن كانت موقوفة ؛ لأن حفظ عمارتها قربة ، فهو كالوقف على مسجد أو رباط (**ولو أطلق الوقف على بهيمة**) مملوكة أو قيده بعلفها (**لغا**) الوقف عليها ؛ لأنها ليست أهلاً للملك بحال ، كما لا تصح الهبة لها ولا الوصية (**وقيل هو**) في المعنى (**وقف على مالكها**) فيصح كالوقف على العبد ، وفرق الأوّل بما مرّ ، بخلاف العبد فإنه أهل له بتمليك سيده في قول ، فإن قصد مالكها فهو وقف عليه ، وخرج بالمملوكة الموقوفة كالخيل الموقوفة في الثغور ونحوها ، فيصح الوقف على علفها كما مرّت الإشارة إليه . وأما المباحة كالوحوش والطيور المباحة ، فلا يصح الوقف عليها جزماً . نعم يستثنى من ذلك ، كما قال الغزالي حمام مكة فيصح الوقف عليه (**ويصح**) الوقف من مسلم أو ذميّ (**على ذميّ**) معين كصدقة التطوّع وهي جائزة عليه ، ولكن يشترط في صحة الوقف عليه أن لا يظهر فيه قصد معصية ، فلو قال : وقفت على خادم الكنيسة لم يصح كما لو وقف على حصرها كما قاله في الشامل وغيره ، وأن يكون ممن يمكن تمليكه فيمتنع وقف المصحف وكتب العلم والعبد المسلم عليه والجماعة المعينون كالواحد ، وسيأتي الكلام في الوقف على أهل الذمة أو اليهود أو نحو ذلك . قال الأذرعي : ويشبه أن يكون المعاهد ، والمستأمن كالذميّ إن حلّ بدارنا ما دام فيها ، فإذا رجع صرف إلى من بعده . وقال الزركشي مقتضى كلامهم أنه كالحربي ، وجزم به الدميري ، والأوّل أوجه ، ولم يتعرضوا لما لو لحق الذميّ الموقوف عليه بدار الحرب ماذا يفعل بغلة الموقوف عليه ، وينبغي أن

لَا مُرْتَـدّ وحَرْبِيّ ونَفْسِـهِ في الأَصَحِّ ،

تصرف إلى من بعده أخذاً من كلام الأذرعي المتقدّم و(لا) يصح الوقف على (مرتدّ وحربيّ و) لا وقف الشخص على (نفســه في الأصح) المنصــوص في الثلاثــة . أمـا في الأولى والثانية : فلأنهما لا دوام لهما مع كفـرهما ، والـوقف صدقـة جاريـة ، فكما لا يـوقف ما لا دوام له لا يوقف على من لا دوام له : أي مع كفره فلا يرد الزاني المحصن فإنه يصح الوقف عليه مع أنه مقتول . والثاني : يصحّ عليهما كالـذميّ ، ونصّ المصنف في نكت التنبيه على الخلاف بقوله : وقفت على زيد الحربيّ أو المرتدّ كما يشير إليه كلام الكتاب . أما إذا وقف على الحـربيين أو المرتـدّين فلا يصـح قطعـاً . وأما الثـالثة : فلتعـذر تمليك الإنسـان ملكه لنفسه ؛ لأنه حاصل ، وتحصيل الحاصـل محال . والثـاني : يصح ؛ لأن استحقـاق الشيء وقفاً غير استحقـاقه ملكـاً ، ومثل وقفـه على نفسه مـا لو وقف على الفقـراء وشرط أن يـأخذ معهم من ريع الوقف لفساد الشرط ، وقول عثمان رضي الله تعالى عنه في وقفـه بئر رومـة : دلوي فيها كدلاء المسلمين ليس على سبيل الشرط ، بل إخبـار بأن للواقف أن ينتفـع بوقفـه العام كالصلاة بمسجد وقفه ، ولو وقف على نفسه وحكم به حـاكم نفذ حكمـه ولـم ينقض ؛ لأنها مسألة اجتهادية . ويستثنى من عدم صحة الوقف على النفس مسائل . منها ما لـو وقف على العلماء ونحوهم كالفقراء واتصف بصفتهم أو على الفقراء ثم افتقر ، أو على المسلمين كأن وقف كتابـاً للقراءة ونحـوها أو قـدراً للطبخ فيـه أو كيزانـاً للشرب بهـا ونحو ذلـك ، فله الانتفاع معهم ؛ لأنه لم يقصـد نفسه . ومنهـا ما لـو وقف على أولاد أبيه المـوصوفين بكـذا وذكر صفات نفسه فإنه يصحّ كما قاله القاضي الفـارقي وابن يونس وغيـرهما ، واعتمـده ابن الرّفعة وإن خالف فيه المـاوردي . ومنها ما لو شرط النظر لنفسه بأجرة المثل ؛ لأن استحقـاقه لها من جهة العمل لا من جهة الوقف ، فينبغي أن لا تستثنى هذه الصورة ، فإن شـرط النظر بـأكثر منهـا لم يصح الـوقف ؛ لأنه وقف على نفســه . ومنها أن يؤجـر ملكه مـدّة يظنّ أن لا يعيش فوقها منجمة ثم يقفه بعد على ما يريد فإنه يصح الوقف ويتصـرف هو في الأجـرة كما أفتى به ابن الصلاح وغيـره ، والأحوط أن يستـأجره بعـد الوقف من المستـأجر لينفـرد باليـد ويأمن خطر الدين على المستأجر . ومنها أن يرفعه إلى حـاكم يرى صحتـه كما عليـه العمل الآن ؛ فإنه لا ينقض حكمه كما مرّ ، ولو وقف وقفاً ليحج عنه منه جاز كما قاله المـاوردي ، وليس هذا وقفاً على نفسه ؛ لأنه لا يملك شيئاً من غلته ، فإن ارتدّ لم يجز صرفـه في الحج وصـرف إلى الفقراء ، فـإن عاد إلى الإسـلام أعيد الـوقف إلى الحجّ عنـه ، ولـو وقف على

وَإِنْ وقَفَ على جِهَـةٍ مَعْصِيَـةٍ كَعِمَـارَةِ الْكنـائِسِ فَبـاطِـلٌ أَوْ جِهَـةِ قُـرْبَـةٍ كـالْفُقَـرَاءِ والْعُلَمَـاءِ والمَسـاجِـدِ ، والمَدَارِسِ صَحَّ

الجهاد عنه جاز أيضاً ، فإن ارتدّ فالوقف على حاله ؛ لأن الجهـاد يصح من المـرتدّ بخـلاف الحج . ثم شرع في القسم الثاني ، فقال : **(وإن وقف)** مسلم أو ذميّ **(على جهة معصية ، كعمارة الكنائس)** ونحوها من متعبدات الكفار للتعبد فيها أو حصرها أو قناديلها أو خـدامها أو كتب التوراة والإنجيل أو السلاح لقطاع الطريق **(فباطل)** ؛ لأنه إعانة على معصيـة ، والوقف شرع للتقرّب فهما متضادّان ، وسواء فيه إنشاء الكنائس وترميمها منعنا الترميم أو لم نمنعـه ، ولا يعتبر تقييد ابن الـرّفعة عـدم صحة الـوقف على الترميم بمنعـه ، فقد قـال السبكي : إنه وهم فاحش لاتفاقهم على أن الوقف على الكنائس بـاطل ، وإن كـانت قديمـة قبل البعثـة ، فإذا لم نصحح الوقف عليها ، ولا على قنـاديلها وحصـرها فكيف نصححـه على ترميمهـا ، وإذا قلنـا ببطلان وقف الـذميّ على الكنائس ، ولم يتـرافعـوا إلينـا لم نتعـرّض لهم حيث لا يمنعون من الإظهار ، فإن ترافعوا إلينا أبـطلناه وإن أنفـذه حاكمهم لا مـا وقفوه قبـل المبعث على كنائسهم القديمة فلا نبطله بل نقره حيث نقرها . أما عمارة كنائس غيـر التعبد ككنـائس نزول المارّة فيصح الوقف عليها كما قاله الزركشي وابن الرّفعة وغيرهما كالوصية كمـا سيأتي **(أو)** وقف على **(جهة قربة)** أي يظهر قصد القربة فيها لقرينة قولـه بعد أو جهـة لا تظهـر فيها القربة ، وإلا فالوقف كله قربة **(كالفقراء والعلماء)** والقرّاء والمجاهدين **(والمساجد)** والكعبـة والرّبط **(والمدارس)** والثغور وتكفين الموتى **(صح)** لعموم أدلة الوقف .

تنبيـه : ظاهر كلام الرّافعي في قسم الصدقات : أن فقير الزكاة والوقف واحد فما منع من أحدهما منع من الآخر ،وعلى هذا يجوز الصرف على المساكين أيضاً . وقال في الروضة من زوائـده آخر البـاب : الأصح أن لا يعـطى من وقف الفقراء فقيـرة لهـا زوج يمـونهـا ولا المكفي بنفقة أبيه، والمراد بالعلماء : أصحاب علوم الشرع كما ذكره في الروضة ، ويدخل في الـوقف على الفقهاء من حصـل في علم الفقـه شيئاً يهتدي بـه إلى البـاقي وإن قـلّ لا المبتدىء من شهر ونحوه ، وللمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيها ، والـورع للمتوسط التـرك وإن أفتى بالـدخول كمـا نقله المصنف عن الغزالي ، وفي الـوقف على المتفقهـة من آشتغل بالفقه مبتدئه ومنتهيه ، وفي الوقف على الصوفية النساك الزاهدون المشتغلون بالعبادة في غالب الأوقات المعـرضون عن الـدنيا ، وإن ملك أحـدهم دون النصاب أو لا يفي دخله

أَوْ جِهَةٍ لَا تَظْهَرُ فِيها الْقُرْبَةُ كالأَغْنِياءِ صَحَّ في الأَصَحِّ ،

بخرجه ، ولو خاط ونسج أحياناً في غير حانوت أو درس أو وعظ أو كان قادراً على الكسب أو لم يلبسه الخرقة شيخ فلا يقدح شيء من ذلك في كونه صوفياً بخلاف الثروة الظاهرة ، ويكفي فيه مع ما مرّ التزيي بزيهم أو المخالطة ، وفي الوقف على سبيل البرّ أو الخير أو الثواب أقرباء الواقف ، فإن لم يوجدوا فأهل الزكاة غير العاملين والمؤلفة ، وفي الوقف على سبيل الله الغزاة : الذين هم أهل الزكاة ، فإن جمع بين سبيل الله وسبيل البرّ وسبيل الثواب كان ثلث للغزاة وثلث لأقارب الواقف وثلث لأصناف الزكاة غير العامل والمؤلفة (أو) وقف على (**جهة لا تظهر فيها القربة كالأغنياء**) وأهل الذمة والفسقة (**صح في الأصح**) نظراً إلى أن الوقف تمليك . والثاني : لا ، نظراً إلى ظهور قصد القربة . والثالث : يصح على الأغنياء ويبطل على أهل الذمة والفسقة ، وتمثيل المصنف بالأغنياء قد يرشد إليه ، واستحسنه في أصل الروضة بعد قوله الأشبه بكلام الأكثرين ترجيح كونه تمليكاً فيصح الوقف على هؤلاء : يعني على الأغنياء وأهل الذمة والفساق ، وهذا هو المعتمد ، ولذلك أدخلته في كلام المصنف ، وممن صرّح بصحة الوقف على اليهود والنصارى الماوردي في الحاوي والصيمري في شرح الكفاية ، وهو المذكور في الشامل والبحر والتتمة ؛ لأن الصدقة عليهم جائزة .

تنبيه : لم يتعرّضوا لضابط الغنى الذي يستحقّ به الوقف على الأغنياء . قال الأذرعي : والأشبه أن المرجع فيه إلى العرف . وقال غيره : إنه من يحرم عليه الصدقة : إما لملكه أو لقوّته وكسبه أو كفايته بنفقة غيره ، وهذا أولى ، ولو وقف على الأغنياء وادّعى شخص أنه غنيّ لم يقبل إلا ببينة ، بخلاف ما لو وقف على الفقراء وادّعى شخص أنه فقير ولم يعرف له مال فيقبل بلا بينة نظراً للأصل فيهما ، وقد علم من كلام المصنف أن الشرط انتفاء المعصية لا وجود ظهور القربة . فإن قيل قد مرّ أن الوقف على علف الطيور المباحة لا يصح ولا معصية فيه بل فيه قربة ، فقد ورد في الخبر «أَنَّ فِي كُلِّ كَبِدٍ حَرَّاء أَجْراً» . أجيب بأن بطلان الوقف ليس من هذه الحيثية ، بل من حيثية كونها ليست أهلاً للملك كما سبق ، ولا يصح الوقف على تزويق المسجد أو نقشه كما في الرّوضة هنا في آخر الباب ، ولا على عمارة القبور ؛ لأن الموتى صائرون إلى البلى فلا يليق بهم العمارة . قال الإسنوي : وينبغي استثناء قبور الأنبياء والعلماء والصالحين كنظيره في الوصية . قال صاحب الذخائر : وينبغي حمله على عمارتها ببناء القباب والقناطر عليها على وجه مخصوص ، لا

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظٍ، وَصَرِيحُهُ وَقَفْتُ كَذَا أَوْ أَرْضِي مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِ، وَالتَّسْبِيلُ وَالتَّحْبِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ قَالَ تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً أَوْ مَوْقُوفَةً أَوْ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ ،

بنائها نفسها للنهي عنه اهـ وهذا ظاهر ، ويصح الوقف على المؤن التي تقع في البلد من جهة السلطان ووقف بقرة أو نحوها على رباط إذا قال : ليشرب لبنها من ينزل أو ليباع نسلها ويصرف ثمنه في مصالحه ، فإن أطلق قال القفال : لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريد ذلك ؛ لأن الاعتبار باللفظ . قال الأذرعي : والظاهر أن ما قاله القفال بناه على طريقته من أنه إذا وقف شيئاً على مسجد كذا لا يصح حتى يبين جهة مصرفه ، وطريقة الجمهور تخالفه اهـ فالمعتمد كما قال شيخنا هنا الصحة أيضاً . ثم شرع في الرّكن الرابع ، فقال : **(ولا يصح)** الوقف **(إلا بلفظ)** من ناطق يشعر بالمراد كالعتق بل أولى ، وكسائر التمليكات ، وفي معناه إشارة الأخرس المفهمة وكتابته ، بل وكتابة الناطق مع نيته كالبيع بل أولى .

تنبيه : يستثنى من اشتراط اللفظ ما إذا بنى مسجداً في موات ونوى جعله مسجداً ؛ فإنه يصير مسجداً ولم يحتج إلى لفظ كما قاله في الكفاية تبعاً للماوردي ؛ لأن الفعل مع النية مغنيان هنا عن القول ، ووجهه السبكي بأن الموات لم يدخل في ملك من أحياه مسجداً ، وإنما احتيج للفظ لإخراج ما كان ملكه عنه وصار للبناء حكم المسجد تبعاً . قال الإسنوي : وقياس ذلك إجراؤه في غير المسجد أيضاً من المدارس والرّبط وغيرها ، وكلام الرافعي في إحياء الموات يدل له ، والظاهر كما قال شيخنا أنه لو قال : أذنت في الاعتكاف فيه صار مسجداً بذلك ؛ لأن الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد بخلاف الصلاة . ثم لفظ الواقف ينقسم إلى صريح وكناية ، وقد شرع في القسم الأوّل ، فقال **(وصريحه)** كأن يقول **(وقفت كذا)** على كذا ، فإن لم يقل على كذا لم يصح **(أو)** يقول **(أرضي موقوفة عليه)** لاشتهاره لغة وعرفاً ، وإنما قال : موقوفة لينبه على أنه لا فرق بين الفعل والمشتقّ منه **(والتسبيل والتحبيس صريحان)** أيضاً : أي المشتق منهما **(على الصحيح)** لتكرّرهما شرعاً واشتهارهما عرفاً قاله المتولي ، وما نقل عن الصحابة وقف إلا بهما . والثاني : هما كنايتان لأنهما لم يشتهرا اشتهار الوقف **(ولو قال تصدّقت بكذا صدقة محرمة أو)** صدقة **(موقوفة أو)** صدقة **(لا تباع ولا توهب فصريح في الأصح)** المنصوص في الأمّ ؛ لأن لفظ التصدّق مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف ، وهذا صريح بغيره ، وما قبله صريح بنفسه . والثاني هو كناية لاحتمال التمليك المحض .

وَقَوْلُـهُ تَصَدَّقْتُ فَقَطْ لَيْسَ بِصَـرِيحٍ وإِنْ نَـوَى إلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ ويَنْوِيَ ، وَالأَصَحُّ أَنْ قَوْلَهُ حَرَّمْتُهُ أَوْ أَبَّدْتُهُ لَيْسَ بِصَرِيـحٍ ،

تنبيـه : قوله : كغيره ولا توهب بالواو محمول على التأكيـد وإلا فأحـد الوصفين كـاف كما رجحه الروياني وغيره ، وجزم بـه ابن الرفعـة . وآستشكل السبكي حكـاية الخـلاف في قوله : صدقة موقوفة مع جزمه أوّلاً بصراحة أرضي مـوقوفـة فكيف إذا اجتمع مـع غيره يجيء الخلاف فضلاً عن قـوّته . قـال : ولولا وثـوقي بخط المصنف والمنهاج عنـدي بخطه لكنت أتوهم أن مكان موقوفـة مؤبدة كمـا ذكره أكثـر الأصحاب تبعـاً للشافعي . قـال ابن النقيب : لكن الخلاف محكيّ من خارج ؛ لأن في صراحة لفظ الوقف وجهاً فطرد مع آنضمامه لغيـره لكنه ضعيف : أي فلا يناسب أن يعبر بالأصح ، وقال غيره : إن مـوقوفـة من طغيان القلم ، ويكـون القصد كتـابة لفـظة مؤبدة كمـا قالـه الشـافعي والجمهـور ، فسبق القلم إلى كتـابـة موقوفة . فإن قيل : لفظ التحريم كناية على الصحيـح ، والقاعـدة أن الكنايـة إذا انضمّ إليها من الألفاظ ما يدلّ على المراد ، كقوله : أنت بائن بينونة محرّمة لا تحلين لي أبداً لا تخـرج عن كونها كناية ، فهـلا كان هـذا كالـطّلاق . أجيب بأن صـرائح الـطلاق محصورة بخـلاف الـوقف ، وبأن قـوله بينـونة محـرّمة لا تحلين لي أبـداً غير مختصّ بـالطلاق بـل يدخـل فيـه الفسـوخ ، والزائـد في ألفاظ الـوقف يختص بالـوقف ، وبأن قـوله : تصـدّقت يقتضي زوال الملك ، ولـه محملان : محمـل الصدقـة التي تحتمل الملك ، ومحمـل الصدقـة التي هي الوقف ، فالزائد يعين المحمل الثاني بخلاف الطلاق **(وقوله : تصـدّقت فقط ليس بصريـح)** في الوقف ولا يحصل به الوقف **(وإن نوى)** الوقف لتردّد اللفظ بين صدقة الفرض والتطوّع ، والصدقة الموقوفة **(إلا أن يضيف إلى جهة عامة)** كالفقراء **(وينوي)** الوقف فيحصـل بذلـك ، وظاهر هذا أنه يكون صريحاً حينئذ ، وظـاهر كـلام الرافعي في كتبـه والمصنف في الروضـة عدم الصراحة ، وإنما إضافته إلى الجهة العامة صيرته كناية حتى تعمل فيـه النية ، وهـو كما قال الزركشي الصواب ؛ لأن الصريح لا يحتاج إلى نيـة . أما إذا أضيف إلى معنى واحـد أو أكثر فلا يكون وقفاً على الصحيح بل ينفـذ فيما هـو صريـح ، وهو محض التمليـك كما في الروضة وأصلها .

تنبيـه : هذا كله كما قال الزركشي بـالنسبة إلى الـظاهر . أمـا في الباطن فيصيـر وقفاً فيمـا بينه وبين الله تعـالى كما صـرّح به جمـع : منهم ابن الصباغ وسليم والمتـولي وغيرهم **(والأصحّ أن قوله حرمته)** للفقراء مثلاً **(أو أبدته)** عليهم **(ليس بصريح)** بل هو كنايـة ؛ لأنهما

وأَنَّ قَوْلَـهُ جَعَلْتُ الْبُقْعَةَ مَسْجِداً تَصِيرُ بِهِ مَسْجِداً ، وأَنَّ الْوَقْفَ على مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ ،

لا يستعملان مستقلين ، وإنما يؤكد بهما الألفاظ السابقة . والثاني : هو صريح لإفادة الغرض كالتسبيل ، ويجري الخلاف أيضاً فيما لو قال : حرمته وأبدته .

تنبيه : أفهم كلام المصنف أنه لا يشترط في الوقف أن يقول : أخرجته عن ملكي وهو كذلك وإن حكى الإمام فيه احتمالين (و) الأصح (أن قوله جعلت) هذه (البقعة مسجداً) وإن لم يقل لله (تصير به) أي بمجرد هذا اللفظ (مسجداً) ؛ لأن المسجد لا يكون إلا وقفاً فأغنى لفظه عن لفظ الوقف ونحوه ، والثاني : وعليه جمع كثير أن القول المذكور لا يصيره مسجداً لعدم ذكر شيء من ألفاظ الوقف ، وإن قال جعلت البقعة مسجداً لله تعالى صارت مسجداً جزماً وكذا إن قصد بقوله : جعلت البقعة مسجداً الوقف كما صرح به القاضي حسين ، ولو قال : وقفتها للصلاة كان صريحاً في الوقف كناية في وقفه مسجداً فيحتاج إلى نية ، ولو بنى بيتاً وأذن في الصلاة فيه لم يصر بذلك مسجداً وإن صلى فيه ونوى جعله مسجداً ، وقد تقدّم أن النية تكفي فيما إذا بناه في موات (و) الأصح (أن الوقف على معين يشترط فيه قبوله) متصلاً بالإيجاب إن كان من أهل القبول وإلا فقبول وليه كالهبة والوصية ، وهذا هو الذي قاله الجوري والفوراني وصححه الإمام وأتباعه ، وعزاه الرافعي في الشرحين للإمام وآخرين وصححه في المحرّر ونقله في زيادة الرّوضة عنه مقتصراً عليه وجرى عليه في الكتاب . والثاني : لا يشترط واستحقاقه المنفعة كاستحقاق العتيق منفعة نفسه بالإعتاق . قال السبكي : وهذا ظاهر نصوص الشافعي في غير موضع واختاره الشيخ أبو حامد وسليم والماوردي والمصنف في الرّوضة في السرقة ، ونقله في شرح الوسيط عن الشافعي وآختاره ابن الصلاح وجرى عليه شيخنا في منهجه . قال في المهمات : ويوافقه قول الرافعي لو قال : وقفت عليه زوجته آنفسخ النكاح . قال في الوسيط : والذي رأيته في نسخ الرافعي ، فلو وقف بحذف لفظة قال وهو الصواب : أي فيكون الوقف قد تمّ بإيجاب وقبول بخلاف الأوّل ، فإنه ينفسخ بمجرّد قول الواقف وقفت عليه زوجته فيكون مفرّعاً على عدم القبول ، وبالجملة فالأوّل هو المعتمد وإلحاق الوقف بالعتق ممنوع ؛ لأن العتق لا يردّ بالردّ ولا يبطل بالشروط المفسدة بخلاف الوقف في ذلك بآتفاق القائلين بأنه ينتقل إلى الله تعالى ، وعلى هذا يستثنى ما إذا وقف على ابنه الحائز ما يخرج من ثلثه ، فإن قضية كلامهم في باب الوصية لزوم الوقف بمجرّد اللفظ وبه صرّح الإمام ، ولا يشترط على القول

وَلَوْ رَدَّ بَطَلَ حَقُّهُ شَرَطْنَا الْقَبُولَ أَمْ لاَ ، وَلَوْ قالَ وَقَفْتُ هٰذَا سَنَةً فَباطِلٌ ، وَلَوْ قَالَ وقفْتُ على أَوْلادِي أَوْ على زَيْدٍ ثُمَّ نَسْلِهِ وَلَمْ يَزِدْ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ

بالقبول القبض على المذهب ، وشذ الجوري فحكى قولين في اشتراطه في المعين .

تنبيه : قضية كلام المصنف ترجيح آشتراط القبول في البطن الثاني والثالث ؛ لأنهم يتلقون الوقف من الواقف ، قال السبكي : والذي يتحصل من كلام الشافعي والأصحاب أنه لا يشترط قبولهم وإن شرطنا قبول البطن الأوّل ، وأنه يرتدّ بردّهم كما يرتدّ بردّ الأوّل على الصحيح فيهما وجرى على هذا آبن المقري ، وعلى هذا فإن ردّوا فمنقطع الوسط أو ردّ الأوّل بطل الوقف كالوصية والوكالة . أما الوقف على جهة عامة كالفقراء أو على مسجد أو نحوه فلا يشترط فيه القبول جزماً لتعذره . فإن قيل لمَ لم يجعل الحاكم نائباً في القبول كما جعل نائباً عن المسلمين في آستيفاء القصاص ؟ . أجيب بأن القصاص لا بدّ له من مباشر فلذلك جعل نائباً فيه بخلاف هذا ، ولم يشترطوا قبول ناظر المسجد بخلاف ما لو وهب للمسجد شيء فإنه لا بدّ من قبول ناظره وقبضه كما لو وهب شيء لصبي ، وقوله جعلته للمسجد كناية تمليك لا وقف ، فيشترط قبول الناظر وقبضه كما مرّ **(ولو ردّ)** الموقوف عليه المعين العين الموقوفة **(بطل حقه)** سواء **(شرطنا القبول)** من المعين **(أم لا)** كالوصية والوكالة ولو رجع بعد الردّ لم يعد له ، وقول الرّوياني : يعود له إن رجع قبل حكم الحاكم به لغيره مردود كما نبّه عليه الأذرعي . نعم لو وقف على وارثه الحائز لتركته شيئاً يخرج من الثلث لزم ولم يبطل حقه بردّه كما نقله الشيخان في باب الوصايا عن الإمام .

تنبيه : يشترط في الوقف أربعة شروط : الأوّل التأبيد كالوقف على من لم ينقرض قبل قيام الساعة كالفقراء أو على من ينقرض . ثم على من لا ينقرض كزيد ثم الفقراء فلا يصحّ تأقيت الوقف كما تضمنه قوله : **(ولو قال : وقفت هذا)** على كذا **(سنة)** مثلاً **(فباطل)** هذا الوقف لفساد الصيغة . فإن أعقبه بمصرف كوقفته على زيد سنة ثم على الفقراء صحّ ، وروعي فيه شرط الواقف كما نقله البلقيني عن الخوارزمي .

تنبيه : ما ذكر محله فيما لا يضاهي التحرير . أما ما يضاهيه كالمسجد والمقبرة والرباط كقوله : جعلته مسجداً سنة فإنه يصح مؤبداً كما لو ذكر فيه شرطاً فاسداً ، قاله الإمام وتبعه غيره : أي وهو لا يفسد بالشرط الفاسد **(ولو قال : وقفت على أولادي أو على زيد ثم نسله)** ونحوه مما لا يدوم **(ولم يزد)** على ذلك من صرف إليه بعدهم **(فالأظهر صحة**

الْوَقْفِ فَإِذَا انْقَرَضَ المَذْكُورُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْقَى وقْفاً ، وأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إلى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِ المذْكُورِ ، وَلَوْ كانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الأوَّلِ كَوَقَفْتُهُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي فَالمَذْهَبُ بُطْلاَنُهُ ،

الوقف) ؛ لأن مقصود الوقف القربة والدوام وإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير ، ويسمى منقطع الآخر والثاني : بطلانه لانقطاعه ، وعلى الأوّل (فإذا انقرض المذكور فالأظهر أنه يبقى وقفاً) ؛ لأن وضع الوقف على الدوام كالعتق والثاني يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف أو وراثه إن مات (و) الأظهر على الأوّل (أن مصرفه) عند انقراض من ذكر (أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور) ؛ لأن الصدقة على الأقارب من أفضل القربات ، وفي الحديث «صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَعَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ» ويختص المصرف وجوباً كما صرّح به الخوارزمي وغيره بفقراء قرابة الرحم لا الإرث في الأصح فيقدّم ابن بنت على ابن عمّ . فإن قيل : الزكاة وسائر المصارف الواجبة عليه شرعاً لا يتعين صرفها ولا الصرف منها إلى الأقارب فهلا كان الوقف كذلك ؟ . أجيب بأن الأقارب مما حثّ الشارع عليهم في تحبيس الوقف لقوله ﷺ لأبي طلحة «أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الأَقْرَبِينَ» فجعلها في أقاربه وبني عمه ، وأيضاً الزكاة ونحوها من المصارف الواجبة لها مصرف متعين فلم تتعين الأقارب ، وهنا ليس معنا مصرف متعين ، والصرف إلى الأقارب أفضل فعيناه . والثاني : يصرف إلى الفقراء والمساكين ؛ لأن الوقف يؤول إليهم في الانتهاء ، وعلى الأوّل فإن لم يكن له أقارب صرف الإمام الرّيع إلى مصالح المسلمين كما حكاه الرّوياني عن النصّ ، وقيل : يصرف إلى الفقراء والمساكين .

تنبيه : هذا إذا كان الواقف مالكاً مستقلاً ، فإن وقف الإمام من بيت المال على بني فلان ، ثم انقرضوا . قال الزركشي : لم يصرف إلى أقارب الإمام بل في المصالح قال : وهذا أصحّ وإن لم يذكروه ، وقد وقع في الفتاوى ولو لم يعرف أرباب الوقف فمصرفه كما في منقطع الآخر (ولو كان الوقف منقطع الأوّل كوقفته على) ولدي ولا ولد له أو على مسجد سيبنى أو على (من سيولد لي) ثم الفقراء (فالمذهب بطلانه) ؛ لأن الأوّل باطل لعدم إمكان الصرف إليه في الحال فكذا ما ترتب عليه . والطريق الثاني فيه قولان : أحدهما الصحة وصححه المصنف في تصحيح التنبيه ، ولو وقف على بعض ورثته في المرض ولم يجز الباقون أو على مبهم ثم الفقراء فمنقطع الأوّل .

أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسَطِ كَوَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ فَالمَذْهَبُ صِحَّتُهُ ، وَلَوِ اقْتَصَرَ على وَقَفْتُ فَالأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْتُ ،

تنبيه : تمثيل المصنف لمنقطع الأوّل ناقص ، فكان ينبغي أن يزيد ما قدّرته وإلا فهو منقطع الأوّل والآخر ، ولا خلاف في بطلانه كما قاله القاضي وغيره **(أو كان)** الوقف **(منقطع الوسط)** بفتح السين **(كوقفت على أولادي ثم)** على **(رجل)** مبهم **(ثم)** على **(الفقراء، فالمذهب صحته)** لوجود المصرف في الحال والمآل ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في منقطع الآخر وأولى بالصحة لما ذكر ، وعلى الأوّل بعد أولاده يصرف للفقراء لا لأقرب الناس إلى الواقف لعدم معرفة أمد الانقطاع ، فإن قال : وقفت على أولادي ثم على العبد نفسه ثم على الفقراء كان منقطع الوسط أيضاً ، ولكن في هذه الصورة يصرف بعد أولاده لأقرباء الواقف مثل ما مرّ في منقطع الآخر ، والشارح جعل صورة المتن كهذه الصورة وتبعه كثير من الشرّاح ، وليس كذلك ولم أرَ مَن نبّه على التفرقة بين الصورتين غير ابن المقري في روضه ، وتبعه على ذلك شيخنا في شرح منهجه . ثم شرع في الشرط الثاني وهو بيان المصرف ، فقال : **(ولو اقتصر على)** قوله **(وقفت)** كذا ولم يذكر مصرفه **(فالأظهر بطلانه)** لعدم ذكر مصرفه . فإن قيل : لو قال : أوصيت بثلث مالي ولم يذكر مصرفاً أنه يصح ويصرف للمساكين ، فهلا كان هنا كذلك كما يقول به مقابل الأظهر ، واختاره الشيخ أبو حامد ومال إليه السبكي فيما إذا قال : وقفت هذا لله . أجيب بأن غالب الوصايا للمساكين فحمل الإطلاق عليه بخلاف الوقف ، وبأن الوصية مبنية على المساهلة فتصحّ بالمجهول والنجس بخلاف الوقف . قال الأذرعي : ويشبه أنه لو نوى المصرف واعترف به صحّ ظاهراً ونازعه الغزي في ذلك ، فإنه لو قال : طلقت ونوى آمرأته لا تطلق ؛ لأن النية إنما تصحّ فيما يحتمله اللفظ ، وليس هنا لفظ يدل على المصرف أصلاً اهـ وهذا أظهر ، ولو بين المصرف إجمالاً كقوله : وقفت هذا على مسجد كذا كفى وصرف إلى مصالحه عند الجمهور ، وإن قال القفال : لا يصحّ ما لم يبين الجهة فيقول على عمارته ونحوه . ثم شرع في الشرط الثالث ، وهو التنجيز فقال **(ولا يجوز تعليقه كقوله إذا جاء زيد فقد وقفت)** كذا على كذا ؛ لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال لم يبن على التغليب والسراية ، فلم يصحّ تعليقه على شرط كالبيع والهبة .

تنبيه : محل الخلاف فيما لا يضاهي التحرير . أما ما يضاهيه كجعلته مسجداً إذا

وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ بَطَلَ على الصَّحِيحِ ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُؤَجَّرَ اتُّبِعَ شَرْطُهُ ،

جاء رمضان ، فالظاهر صحته كما ذكره ابن الرّفعة ، ومحله أيضاً ما لم يعلقه بالموت ، فإن علقه به كقوله : وقفت داري بعد موتي على الفقراء فإنه يصح . قال الشيخان : وكأنه وصية لقول القفال إنه لو عرضها للبيع كان رجوعاً ، ولو نجز الوقف وعلق الإعطاء للموقوف عليه بالموت جاز كما نقله الزركشي عن القاضي الحسين ، ولو قال : وقفته على من شئت أو فيما شئت وكان قد عين له ما شاء أو من يشاء عند وقفه صحّ وأخذ ببيانه ، وإلا فلا يصح للجهالة ، ولو قال : وقفته فيما شاء الله كان باطلاً ؛ لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى . ثم شرع في الشرط الرابع ، وهو الإلزام فقال : (**ولو وقف بشرط الخيار**) لنفسه في إبقاء وقفه والرّجوع فيه متى شاء أو شرطه لغيره أو شرط عوده إليه بوجه ما كأن شرط أن يبيعه أو شرط أن يدخل مَن شاء ويخرج مَن شاء (**بطل على الصحيح**) قال الرافعي : كالعتق والهبة . قال السبكي : وما اقتضاه كلامه من بطلان العتق غير معروف ، وأفتى القفال بأن العتق لا يبطل بذلك ؛ لأنه مبني على الغلبة والسراية ، ومقابل الصحيح يصحّ الوقف ويلغو الشرط كما لو طلق على أن لا رجعة له .

تنبيه : كان الأولى التعبير بالأظهر ، فإن الخلاف قولان منصوصان في البويطي (**والأصحّ أنه إذا وقف بشرط أن لا يؤجر**) أصلاً أو أن لا يؤجر أكثر من سنة صح الوقف ، و(**اتبع شرطه**) كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة . والثاني : لا يتبع شرطه ؛ لأنه حجر على المستحق في المنفعة .

تنبيه : يستثنى من إطلاق المصنف حال الضرورة كما لو شرط أن لا تؤجر الدار أكثر من سنة ثم انهدمت ، وليس لها جهة عمارة إلا بإجارة سنين ، فإن ابن الصلاح أفتى بالجواز في عقود مستأنفة وإن شرط الواقف أن لا يستأنف ؛ لأن المنع في هذه الحالة يفضي إلى تعطيله ، وهو مخالف لمصلحة الوقف ووافقه السبكي والأذرعي إلا في اعتبار التقييد بعقود مستأنفة ، فردّاه عليه وقالا : ينبغي الجواز في عقد واحد ، والذي ينبغي ، كما قال شيخنا ما أفتى به ابن الصلاح ، لأن الضرورة تتقدر بقدرها ، ولو شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ست سنين ، فإن كان في عقد واحد لم يصح في شيء منها ولا يخرج على تفريق الصفقة كما مرّت الإشارة إليه في فصلها ، وإذا أجر ثلاث سنين ثم

وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ المَسْجِدِ اخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَالشَّافِعِيَّةِ اخْتُصَّ كَالمَدْرَسَةِ والرِّبَاطِ ، وَلَوْ وَقَفَ على شَخْصَيْنِ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَالأَصَحُّ المَنْصُوصُ أَنَّ نَصِيبَهُ يُصْرَفُ إِلَى الآخَرِ.

الثلاث الأخر قبل انقضاء الأولى : لم يصح العقد الثاني كما أفتى به ابن الصلاح وإن فرعنا على الأصح أن إجارة المدّة المستقبلة من المستأجر صحيحة اتباعاً لشرط الواقف فإنّ المدّتين المتصلتين كالمدة الواحدة وإنما أبطلناه في الثاني دون الأوّل لانفراده ، ولو شرط في وقفه أن لا يؤجر من متجره ونحو ذلك مما يكتب في كتب الأوقاف اتبع شرطه ، قاله الأذرعي ، قال : ولم أره نصاً اهـ وهو ظاهر ، والظاهر كما في المطلب أن للموقوف عليه الإعارة **(و)** الأصح **(أنه إذا شرط)** ابتداء **(في وقف المسجد)** بأن وقف شخص مكاناً مسجداً وشرط فيه **(اختصاصه بطائفة كالشافعية اختصّ)** بهم أي اتبع شرطه كما في المحرّر كالروضة وأصلها فلا يصلي ولا يعتكف فيه غيرهم **(كالمدرسة والرباط)** إذا شرط في وقفهما اختصاصهما بطائفة اختصا بهم جزماً . والثاني : لا يختص المسجد بهم ؛ لأن جعل البقعة مسجداً كالتحرير فلا معنى لاختصاصه بجماعة ، ولو خصّ المقبرة بطائفة اختصت بهم عند الأكثرين كما قاله الإمام **(ولو وقف على شخصين)** معينين **(ثم الفقراء)** مثلاً **(فمات أحدهما ، فالأصح المنصوص)** في حرملة **(أن نصيبه يصرف إلى الآخر)** ؛ لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم يوجد ، وإذا امتنع الصرف إليهم فالصرف إلى من ذكره الواقف أولى . والثاني : يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا .

تنبيه : محل الخلاف ما لم يفصل ، فإن فصل فقال : وقفت على كل منهما نصف هذا فهو وقفان كما ذكره السبكي ، فلا يكون نصيب الميت منهما للآخر ، بل يحتمل انتقاله للأقرب إلى الواقف أو الفقراء ، وهو الأقرب إن قال : ثم على الفقراء ، فإن قال : ثم من بعدهما على الفقراء ، فالأقرب الأوّل ، ولو وقف عليهما وسكت عمن يصرف إليه بعدهما فهل نصيبه للآخر أو لأقرباء الواقف ؟ وجهان أوجههما ، كما قال شيخنا أنه للآخر وصححه الأذرعي ، ولو ردّ أحدهما أو بان ميتاً فالقياس على الأصح صرفه للآخر ، ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم الفقراء فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد قال الماوردي والروياني : لا شيء لبكر ، وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء ؛ لأنه رتبه بعد عمرو ، وعمرو بموته أوّلاً لم يستحق شيئاً فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئاً . وقال القاضي في فتاويه : الأظهر أنه يصرف

فصــل

قَوْلُهُ : وَقَفْتُ على أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْكُلِّ وَكَذَا لَـوْ زَادَ مَـا تَنَاسَلُوا أَوْ

إلى بكر ؛ لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه ، كما لـو وقف على ولده ثم ولـد ولده ثم الفقراء فمات ولد الولد ثم الولد يرجع إلى الفقراء ، ويوافقه فتوى البغوي في مسألة طويلة ، حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الـواقف في وقف الترتيب قبـل استحقاقـه للوقف لحجبه بمن فوقه يشـارك ولده من بعـده عند آستحقـاقه . قـال الزركشي : وهـذا هو الأقـرب ، ولو قال : وقفت على أولادي ، فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء هـل تدخـل أولاد الأولاد في الـوقف أو لا ؟ اختار ابن أبي عصـرون الأوّل ، ويجعل ذكـرهم قرينـة في دخـولهم . وقـال الأذرعي : إنه المختار . وقـال الشيخ أبـو حامـد : الصحيح أنـه منقطع الـوسط ؛ لأن أولاد الأولاد لم يشترط لهم شيئاً ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم اهـ هذا أوجه .

فصــل

في أحكام الوقف اللفظية . والأصل فيها أن شروط الواقف مـرعية مـا لم يكن فيها مـا ينافي الوقف ، فإذا تلفظ الواقف في صيغة وقفه بحرف عطف يقتضي تشريكاً أو ترتيباً عمـل به كما أشار المصنف إلى ذلك بقوله **(قوله)** أي الشخص **(وقفت)** كـذا **(على أولادي وأولاد أولادي يقتضي التسـوية)** في أصـل الإعطاء والمقـدار **(بين الكل)** وهـو جميـع أفـراد الأولاد وأولادهم ذكـرهم وأنثاهم ؛ لأن الـواو لمـطلق الجمـع لا للتـرتيب كمـا هـو الصحيـح عنـد الأصـوليين . ونقل عن إجمـاع النحاة ومن جعلهـا للتـرتيب كمـا حكـاه المـاوردي في بـاب الوضوء عن أكثر الأصحاب : ينبغي كما قال ابن الرفعة تقديم الأولاد ولو جمعهم بالواو . ثم قـال : ومن مات منهم فنصيبـه لولـده فمـات أحـدهم اختصّ ولـده بنصيبـه وشـارك البـاقين فيما عداه .

تنبيـه : إدخال أل على كل جائز عنـد الأخفش والفارسي ، ومنعـه الجمهور نـظراً إلى أن إضـافة كـل معنويـة فلا تجـامعها **(وكـذا)** يسوّي بين الكـل **(لـو زاد)** على أولاد أولادي قوله : **(ما تناسلوا)** أي أولاد الأولاد ، وكـأنه قـال : عليهم وعلى أعقابهم مـا تناسلوا . فـإن قيـل : قولـه : ما تنـاسلوا لا يقتضي تسويـة ولا ترتيبـاً ، وإنما يقتضي التعميم . أجيب بـأنه يقتضي التعميم بالصفة المتقدّمة وهي التسوية فيكون بمنزلة قولـه : وإن سفلوا **(أو)** زاد على

بَـطْناً بَعْـدَ بَطْن ، وَلَـوْ قَالَ على أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ثُمَّ أَولَادِهِمْ مـا تَنَـاسَلوا، أَوْ على أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الأَعْلَى فَـالأَعْـلَى

ما ذكر قوله (بطناً بعد بطن) أو نسلاً بعد نسل فإنه أيضاً يقتضي التسوية بين الجميـع فيشارك البطن الأسفل البـطن الأعلى كقولـه : ما تنـاسلوا ، وهذا مـا جرى عليـه البغوي والفـوراني والعبادي ، ووجه بأن بعد تأتي بمعنى مع كما في قولـه تعالى ﴿وَالأَرْضَ بَعْـدَ ذَلِكَ دَحَـاهَا﴾ أي مع ذلك على أحد الأقوال ، وذهب الجمهور إلى أن قوله : بطناً بعد بطن للترتيب كقوله الأعلى فالأعلى ، وصححه السبكي تبعاً لابن يونس . قال : وعليه هـو للترتيب بين البـطنين فقط فينتقـل بانقـراض الثـاني لمصـرف آخـر إن ذكـره الـواقف وإلا فمنقـطع الآخـر . قـال الإسنوي : والرافعي لم يمعن النظر في هذه المسألة ، فإنه نقل الترتيب عن بعض أصحـاب الإمام ، وهو مقطوع به في كلام الإمام نفسه وعدّ جماعة من الأصحاب القائلين بـالترتيب . ثم قال : وما ذكره الشيخان من اقتضاء التسوية باطل من جهة البحث أيضـاً ، فإن لفـظة بعد في آقتضاء الترتيب أصرح من ثم والفاء وغيرهما وقد جزمـا فيهما بـاقتضاء التـرتيب فما نحن فيه أولى . قال ابن العماد : وما قاله الإسنـوي من أن بعد أصـرح من ثم والفاء في التـرتيب خطأ مخالف لنص القرآن العظيم ، فقد قال تعالى ﴿وَلَا تُطِعْ كُلَّ حَلَّافٍ مَهِينٍ . هَمَّازٍ مَشَّاءٍ بِنَميمٍ . مَنَّـاعٍ لِلْخَيْـرِ مُعْتَـدٍ أَثِيمٍ . عُتُـلٍّ بَعْـدَ ذَلِـكَ زَنِيمٍ﴾ [القلم : ١٠ ـ ١٣] قـال المفسـرون : أي مع مـا ذكر من أوصـافه زنيم ، واستـدلّ بغيـر ذلـك من القـرآن ومن كـلام العرب ، والمقصود من ذلك إنما هو إظهار الحق ؛ لأن العلمـاء أئمة الهـدى وبهم نقتدي ، فلا يظنّ فيهم غير ذلك ، فظهر بهذا أن ما جرى عليه الشيخان هو المعتمد . فإن قيـل : قد صرّحا في باب الطلاق بأنه لو قال لزوجته غير المدخول بها : أنت طـالق طلقة بعـدها طلقـة أنها تبين بالأولى ولا تقع الثانية ، ولو كانت بعد بمعنى مع وقع طلقتان ، كما لو قال : طلقة معها طلقة . أجيب بأن قوله : بطناً بعد بطن تقدم عليه ما هو صريـح في التعميم وهو وقفت على أولادي الخ وتعقيبه بالبعديـة ليس صريحـاً في الترتيب ، وإنمـا القصد بـه إدخال سـائر البطون حتى لا يصير الوقف منقطع الآخر .

تنبيـه : قـوله بـطناً منصـوب على الحال بمعنى مـرتبين ، ويجوز رفعـه مبتدأ ومسـوّغه وصف محذوف تقديره منهم فهو كقوله تعـالى ﴿وَطَائِفَـةٌ﴾ أي منهم،وآنتصـاب بعد على أنـه ظرف لمحذوف أي كائناً بعد بطن **(ولو قال)** : وقفت كـذا **(على أولادي ثم أولاد أولادي ثم أولادهم مـا تنـاسلوا ، أو)** قـال : وقفت كـذا **(على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فـالأعلى)**

أَوِ الأَوَّلِ فَـالأَوَّلِ فَهُــوَ لِلتَّـرْتِيبِ ، وَلاَ يَدْخُـلُ أَوْلاَدُ ٱلأَوْلاَدِ في الْوَقْفِ على الأَوْلاَدِ في الأَصَحِّ

منهم (أو الأوّل فالأوّل) منهم أو الأقرب فالأقرب منهم (فهو للترتيب) فيما ذكر لـدلالة اللفظ عليه ، فلا يأخذ بطن وهناك بطن أقرب منه آخر كما صرّح به البغوي وغيره .

تنبيـه : لا وجه لتخصيص ما تناسلوا بالأولى مع أنه لا حـاجة إليـه فيها ، بـل إن ذكره فيهـا وفي البقية لـم يكن التـأبيد والتـرتيب خاصين بـالطبقتين الأولتين وإلا آختصـا بهما كمـا صرّح به القاضي وغيره ويكون بعدهما منقطع الآخر . قال السبكي : وقد يتوقف في الصورة الأولى بعد البطن الثالث لعدم ذكر ثم فيه إلا أن يقال قوله ما تناسلوا يقتضي التعميم بالصفـة المتقـدمة ، وهي تقـديم الأولاد ثم أولادهم على غيـرهم فيتم ذلـك في كـل بـطن ولا بـأس به اهـ وقد مرّت الإشارة إلى ذلك ، ولو جاء بثم للبطن الثّـاني وبالـواو فيما بعـده من البطون كأن قال : وقفت على أولادي ثم أولاد أولادي وأولاد أولاد أولادي كان الترتيب للبطن الثاني دونهم عملاً بثم وبالواو فيهم وإن عكس بأن جاء بالواو في البطن الثاني وبثم فيما بعـده كان الترتيب لهم دونه .

تنبيـه : قوله الأوّل فـالأوّل بكسر الـلام فيهما بخـطه ، وهو إمـا على البدل وإمـا على إضمار فعل أي وقفته على الأوّل فالأوّل (ولا يدخل أولاد الأولاد في الـوقف على الأولاد في الأصح) المنصوص عليه في البويطي ؛ لأنه لا يقع عليه اسم الولد حقيقة ، إذ يصح أن يقال في ولـد ولـد الشخص : ليس ولـده . والثـاني : يـدخلون لقـولـه تعـالى ﴿يَـا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف : ٢٦] وقوله ﷺ «آرْمُوا بَنِي إسماعيل فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِياً» فـإن قيل : كـان ينبغي ترجيح هـذا على قاعـدة الشافعي في حمـل اللفظ على حقيقته ومجـازه . أجيب بأن شـرطه على قـاعدة إرادة المتكلم لـه ، والكلام هنـا عند الإطـلاق . والثالث : يـدخـل أولاد البنين لانتسابهم إليه . قال ﷺ «أَنَا آبْنُ عَبْدِ المُطَّلِبِ» دون أولاد البنات .

تنبيـه : محل الخلاف إذا وجـد النوعـان ، فلو قال : وقفت على أولادي ولم يكن لـه إلا أولاد أولاد حمـل اللفظ عليهم لوجـود القرينـة وصيانـة لكلام المكلف عن الإلغـاء ، فلو حدث له ولد فالظاهر كما قال شيخنا : الصرف لـه لوجـود الحقيقة ، وأنـه يصرف لهم معـه كـالأولاد في الـوقف ، ويحتمـل أن يختص بـذلــك ،والأوجه الأوّل ، ومحله أيضـاً عنــد : الإطلاق ، فلو أراد جميعهم دخل أولاد الأولاد قـطعاً ، أو قـال : وقفت على أولادي لصلبي

وَيَدْخُـلُ أَوْلَادُ الْبَنَـاتِ فِي الْوَقْفِ على الـذُّرِّيَّةِ وَالنَّسْـلِ وَالْعَقِب وَأَوْلَادِ الأَوْلَادِ إِلَّا أَنْ يَقُـولَ على مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ ،

لم يـدخلوا قطعـاً ، ولو قـال : وقفت على أولادي ولم يكن له إلا ولـد فقط آختص به على الأصح (**ويدخل أولاد البنات**) قـريبهم وبعيدهم (**في الـوقف على الذريّـة و**) على (**النسل** ، **و**) على (**العقب**) بكسر القاف بخطه ، ويجوز إسكانها ، وهـو ولد الـرجل الـذي يبقى بعده قاله القاضي عياض (**و**) على (**أولاد الأولاد**) لصدق اللفظ بهم . أما في الذرية فلقوله تعالى ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِـهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ إلى أن ذكـر عيسى ، وليس هو إلا ولـد البنت والنسل والعقب في معنـاه (**إلا أن يقـول على من ينسب إليّ منهم**) أي من أولاد الأولاد ، فـلا يـدخـل أولاد البنات ؛ لأنهم لا ينسبون إليه ، بل إلى آبائهم . فإن قيل : قال ﷺ في الحسن بن عليّ «إِنَّ آبْنِي هَذَا سَيِّدٌ»[1] . أجيب بأنه من خصائصه ﷺ : إن أولاد بناته ينسبون إليه كمـا ذكروه في النكاح . فإن قيل قضية كلامهم دخول أولاد البنين . سواء أكان الواقف رجلاً أم امرأة ، وهو مشكل في المرأة لقولهم في النكاح وغيره إنه لا مشـاركة بين الأمّ والابن في النسب . أجيب بأن ذكر الانتساب في المرأة هنا لبيان الـواقع لا لـلإخراج ، فيـدخل أولاد البنـات أيضاً وإلا يلزم إلغاء الوقف أصـلاً ، فالعبـرة فيها بـالنسبة اللغـوية لا الشـرعية ، ويكـون كلام الفقهـاء محمولاً على وقف الرّجل .

تنبيـه : يـدخـل الخنثى في الـوقف على البنين والبنـات ؛ لأنـه لا يخـرج عنهم ، والاشتباه إنما هو في الظاهر . نعم إنما يعطي المتيقن إذا فاضـل بين البنين والبنات ويـوقف البـاقي إلى البيان ، ولا يـدخل في الـوقف على أحدهمـا لاحتمال أنـه من الصنف الآخـر ، وظـاهر هـذا كما قـال الإسنوي أن المـال يصرف إلى من عينـه من البنين أو البنات ، وليس مـراداً ؛ لأنـا لم نتيقن استحقـاقهم لنصيب الخُنثَى ، بـل يـوقف نصيبـه إلى البيـان كمـا في الميـراث ، وقد صـرح به آبن المسلم ، ولا يـدخل في الـوقف على الأولاد المنفي باللعـان على الصحيح لانتفاء نسبه عنه ، فلو استلحقه بعد نفيه دخل جـزماً ، والمستحقـون في هذه الألفاظ لو كـان أحدهم حمـلاً عند الـوقف.لم يدخـل على الأصح ؛ لأنـه قبل الانفصـال لا يسمى ولداً ، فلا يستحق غلة مـدّة الحمل ، فلو كـان الموقـوف نخلة فخرجت ثمـرتها قبـل خروج الحمل لا يكون له من تلك الثمرة شيء . فإن قيل : هلا استحق كـالميراث . أجيب

---

(١) أخرجه البخاري ٣٠٦/٥ (٢٧٠٤) .

وَلَوْ وَقَفَ على مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتِقٌ وَمُعْتَقٌ قُسِمَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ يَبْطُلُ ، وَالصِّفَةُ المُتَقَدِّمَةُ على جُمَلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ في الْكُلِّ كَوَقَفْتُ على مُحْتَاجِي

بأن المعتبر هنا تسميته ولداً ، وهو لا يسمى كما مرّ بخلاف الإرث . وأما بعد الانفصال : فيستحق قطعاً ، وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف يستحقون إذا انفصلوا على الصحيح ، ولو وقف على بني تميم دخل فيهم البنات ؛ لأنه يعبر به عن القبيلة ، بخلاف العكس ، ولا يدخل الأخوات في الوقف على الإخوة كما جزم به في الروضة ، وأصلها في آخر الوصية ، وإن قال الماوردي بدخولهنّ (ولو وقف على مواليه وله معتق) بكسر التاء (ومعتق) بفتح التاء (قسم) الموقوف (بينهما) نصفين على الصنفين لا على عدد الرؤوس على الراجح (وقيل يبطل) لما فيه من الإجمال ، ولا يمكن حمل اللفظ على العموم لاختلاف معناهما ، وترجيح الأوّل من زيادته ، وصححه في زيادة الرّوضة أيضاً ، ونصّ عليه الإمام الشافعي في البويطي ، وخرج بقوله : وله معتق ومعتق ما إذا لم يوجد إلا أحدهما فإنه يتعين قطعاً ، فلو طرأ الآخر بعده لم يدخل وإن بحث ابن النقيب دخوله قياساً على الأولاد . أجيب عن القياس بأن إطلاق المولى على كل منهما من الاشتراك اللفظي ، وقد دلت القرينة ، وهي الانحصار في الموجود على أحد معنيين ، فصار المعنى الآخر غير مراد . وأما مع القرينة فيحمل عليهما احتياطاً أو عموماً على خلاف في ذلك مقرر في الأصول ، بخلاف الوقف على الإخوة ، فإن الحقيقة واحدة ، وإطلاق الإسم على كل واحد من المتواطىء ، فمن صدق عليه هذا الاسم استحقّ من الوقف إلا أن يقيد الواقف بالموجودين حال الوقف فيتبع تقييده .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف أن هذا الخلاف يختصّ بحالة الجمع ، وهو موافق لقول الإمام لا يتجه التشريك في الافراد كوقفت على مولاي وينقدح مراجعة الواقف ، لكن ظاهر كلام ابن المقري في روضه كأصله التسوية بين المولى والموالي ، وهو الظاهر كما صرّح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، وإذا اقتضى الحال الصرف إلى المولى الأسفل بتصريح أو غيره لم يدخل فيه من يعتق بموته في الأصح كما ذكره في الرّوضة في الوصايا ؛ لأنهما ليسا من الموالي لا حال الوصية ولا حال الموت ، وقضية التقييد بالموت أن من عتق في حياته ولو بعد الوقف يدخل (والصفة المتقدّمة على جمل) أو مفردات (معطوفة) لم يتخللها كلام طويل (تعتبر) تلك الصفة (في الكلّ) من تلك الجمل أو المفردات (كوقفت على محتاجي

أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي، وَكَذَا الْمُتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا، وَالِاسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِوَاوٍ : كَقَوْلِهِ على أَوْلَادِي وأَحْفَادِي وإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ أَوْ إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ .

أولادي وأحفادي) وهم أولاد الأولاد **(وإخوتي ، وكذا)** الصفة **(المتأخرة عليها)** أي عنها كما في المحرر **(والاستثناء)** يعتبران في الكلّ **(إذا عطف)** فيهما **(بواو كقوله)** في المتأخرة وقفت **(على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين)** والمحتاج من يجوز له أخذ الزكاة كما أفتى به القفال ، وإن بحث الزركشي مراجعة الواقف إن أمكن **(وإلا أن يفسق بعضهم)** لما تقرّر في الأصول من أن الأصل اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في جميع المتعلقات كالصفة وغيرها ، وكذا الاستثناء بجامع عدم الاستقلال ، وإن عطف ما ذكر من المتعاطفات بثم أو فرق بينهما بكلام طويل آختصت الصفة ، والاستثناء بالمعطوف الأخير فالشرط في عودهما للجميع العطف بالواو ، وأن لا يتخلل كلام طويل كما نقله في أصل الروضة عن الإمام وأقرّه . قال الزركشي : وما نقل عن الإمام إنما هو احتمال له والمذهب خلافه وقد صرّح هو في البرهان بأن مذهب الشافعي العود إلى الجميع وإن كان العطف بثم . قال في المختار : إنه لا يتقيد بالواو بل الضابط وجود عاطف جامع بالوضع كالواو والفاء وثم اهـ ، وهذا المختار هو المعتمد ، وتقديم الصفة على المتعاطفات كتأخيرها عنها في عودها إلى الجميع ، وكذا المتوسطة ، وإن قال السبكي : الظاهر اختصاصها بما وليته اهـ ، ومثلها فيما ذكر الاستثناء . وآعلم أن عود الاستثناء إلى الجمل لا يتقيد بالعطف ، فقد نقل الرافعي في الأيمان أنه يعود إليها بلا عطف حيث قال القاضي أبو الطيب لو قال : إن شاء الله أنت طالق عبدي حرّ لم تطلق ولم يعتق .

تنبيه : ما ذكره المصنف مثال لعطف المفردات لا الجمل إلا أن يقدّر لكلّ من المعطوفات عامل ، ولو وقف على زوجاته أو أمهات أولاده وبناته ما لم يتزوّجن فتزوّجت واحدة منهنّ خرجت ، ولا تعود إذا طلقت أو فارقت بفسخ أو وفاة ، فإن قيل : لو وقف على بناته الأرامل فتزوّجت واحدة منهنّ ثم طلقت عاد استحقاقها ، فهلا كان هنا كذلك . أجيب بأنه في البنات أثبت آستحقاق البنات الأرامل ، وبالطلاق صارت أرملة ، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تتزوّج وبالطلاق لا تخرج عن كونها تزوّجت ، ومقتضى هذا وكلام ابن المقري ، وأصله من لم تتزوّج أصلاً أرملة ، وليس مراداً ، بل الذي نصّ عليه الشافعي رضي الله تعالى عنه أنها التي فارقها زوجها ، وفي الوصية من الروضة أنه الأصح ، وعلى هذا فلا سؤال .

فصــل

الأَظْهَـرُ أَنَّ الْمِلْكَ فِي رَقَبَـةِ المَـوْقُـوفِ يَنْتَقِـلُ إِلَى اللّهِ تَعَـالَى : أَيْ يَنْفَـكُّ عَنِ اخْتِصَاصِ الآدَمِيِّ، فَلَا يَكُونُ لِلْوَاقِفِ ولَا لِلْمَوْقُـوفِ عَلَيْهِ ، ومَنَـافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَـوْقُوفِ عَلَيْهِ يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وبِغَيْـرِهِ بِإِعَـارَةٍ وإِجَارَةٍ ،

فصــل

في أحكام الوقف المعنوية (**الأظهـر أن الملك في رقبة المـوقوف**) على معين أو جهـة (**ينتقل إلى الله تعالى**) وفسـر المصنف انتقالـه إلى الله تعالى بقـوله (**أي ينفـك عن اختصاص الآدمي**) ذكر وأنثى ، وإلا فجميع الموجودات له سبحانه وتعالى في كلّ الأوقات . قال الإمام في الشامل : لا يتصوّر في حق العباد ملك الرقاب وإن أطلق توسعاً ، فـالمالـك في الحقيقة هو الله تعالى ، وقوله (**فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه**) أشار به إلى القولين الآخرين ، وجه بقاء الملك للواقف أنه حبس الأصل وسبل الثمرة ، وذلك لا يوجب زوال ملكه ، ووجه الثالث الإلحاق بالصدقة ، فإن قيل الوقف يثبت بشـاهد ويمين ، وهـو يدل لهـذين القولين ، وأن حقوق الله تعالى لا تثبت إلا بشاهدين . أجيب بـأن المقصود بـالثبوت هـو الريـع ، وهو حق آدمي ، ولو جعل البقعة مسجداً أو مقبـرة انفك عنهـا آختصاص الآدمي قـطعاً ، ومثلهـا الرباط والمدرسة ونحوهما (**ومنافعه**) أي الموقوف على معين عنـد الإطلاق (**ملك للمـوقوف عليـه**) وفسر المصنف هـذا الملك بقولـه (**يستوفيهـا بنفسه وبغيره بإعـارة وإجـارة**) كسـائـر الأمـلاك ، ولكن لا يؤجر إلا إذا كـان ناظـراً أو أذن له النـاظر في ذلـك نعم للناظـر منعه من سكنى الدار الموقوفة عليه ليؤجرها للعمارة إن اقتضاها الحال ؛ لأنه إذا لـم يمنعه لربمـا أدّى ذلك إلى الخراب ، وفهم من تجويز الإعارة الإجارة بدون أجرة المثل ، وبه صـرّح الإمام ، فإن كان الـوقف على جهة كـالفقراء لم يملك المـوقوف عليـه المنفعة بـل الانتفاع ، أو قيـد بشيء كما لو وقف داراً على أن يسكنها معلم الصبيان بالقريـة مثلاً ليس لـه أن يسكنها غيـره بأجرة ولا بغيرها ، وقضية هذا منع إعارتها . وهو كذلك وإن جـرت عادة النـاس بالمسـامحة بإعارة بيت المدرّس ونحوه . وقد نقل أن المصنف لمـا ولي دار الحديث وفيهـا قاعـة للشيخ لم يسكنها وأسكنها غيره ، فلو قال الواقـف : لتشغل ويعطي المعلم غلتها لم يسكنها كما في الـروضة وأصلهـا عن فتاوى القفـال وغيره ، ولـو حصل من استيفـاء المنفعـة نقص في عين المـوقوف كـرصاص الحمـام واستوفى المـوقوف عليـه الأجرة لـزمه قيمـة ما أذهبتـه النار من

وَيَمْلِكُ الْأُجْـرَةَ وَفَوَائِـدَهُ كَثَمَرَةٍ وصُـوفٍ ولَبَنٍ ، وكَذَا الْوَلَدُ في الأَصَحِّ ، والثَّانِي يَكُونُ وَقْفاً ولَوْ مَاتَتِ الْبَهِيمَةُ اخْتَصَّ

الرصاص مما قبضه من الأجرة وصرفه في مثله ، قاله في المطلب تفقهاً . قال الدميري : وعليه عمل الناس .

تنبيه : أفهم قوله للموقوف عليه أن الواقف لا ينتفع بشيء من الوقف لكن يستثنى منه ما لو وقف شخص ملكه مسجداً أو مقبرة أو بئراً فله أن يصلي فيه ويدفن فيه ويستقي منه (ويملك الأجرة) للموقوف كما لو أجر ملكه ؛ لأنها من المنافع .

تنبيه : قد يفهم هذا أن الناظر لو أجر الوقف سنين بأجرة معجلة أن له صرفها إليه في الحال ، وقد مر الكلام على ذلك في كتاب الإجارة فمن شاء فليراجعه (و) يملك أيضاً **(فوائده)** الحاصلة بعد الوقف عند الإطلاق أو شرط أنها للموقوف عليه **(كثمرة)** وأغصان خلاف ونحوه مما يعتاد قطعه ، لأنها كالثمرة ، بخلاف ما لا يعتاد قطعه . نعم إن شرط قطع الأغصان التي لا يعتاد قطعها مع ثمارها كانت له ، قاله الإمام . أما الثمرة الموجودة حال الوقف ، فهي للواقف إن كانت مؤبرة وإلا فقولان . قاله الدارمي ، وينبغي أن تكون للموقوف عليه **(وصوف)** وشعر ووبر وريش **(ولبن وكذا الولد)** الحادث بعد الوقف يملكه الموقوف عليه عند الإطلاق أو عند شرط الولد له **(في الأصحّ)** كالثمرة واللبن **(والثاني : يكون وقفاً)** تبعاً لأمه ، ولو كانت حاملاً عند الوقف فولدها وقف على الثاني ، وكذا على الأوّل بناء على أنه يعلم ، وهو الأصحّ ، ومثله الصوف ونحوه كما بحثه شيخنا .

تنبيه : محل ملكه لولد الأمة إذا كان من نكاح أو زنا ، فإن كان من وطء شبهة فهو حرّ ، وعلى الواطىء قيمته وتكون ملكاً للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكاً له ، وإلا فيشترى بها عبد ويوقف كما قالاه ، وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون الولد ذكراً أو أنثى ، وهو كذلك ، وإن قال الإسنوي إنما يشترى به عبد إذا كان الولد ذكراً وإلا فأنثى كما لو قتل الموقوف ؛ لأن الولد حين انعقاده لم يكن صالحاً للوقفية بخلاف الأمة الموقوفة إذا قتلت فشراء العبد بالقيمة أولى ؛ لأنه خير من الأمة ويكسبه ما لا تكسبه فهو أصلح للوقف ، وخرج بعند الإطلاق وقف دابة لركوب ففوائدها من درّ ونحوه للواقف ؛ لأنها لم تدخل في الوقف والحيوان الموقوف للإنزاء لا يستعمل في غير الإنزاء . نعم لو عجز عن الإنزاء جاز استعمال الواقف له في غيره كما قاله الأذرعي **(ولو ماتت البهيمة)** الموقوفة **(اختصّ**

بِجِلْدِهَا، ولَهُ مَهْرُ الجَارِيَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ وهُوَ الأَصَحُّ، والمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قِيمَةَ الْعَبْدِ المَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ بَلْ

بجلدها) ؛ لأنه أولى بها من غيره ، فإن اندبغ ولو بنفسه كما بحثه شيخنا عاد وقفاً ، قال في الدقائق : وعبرت بالاختصاص ؛ لأن النجس لا يوصف بأنه مملوك ، وإن قطع بموت البهيمة الموقوفة المأكولة جاز ذبحها للضرورة ، وهل يفعل الحاكم بلحمها ما يراه مصلحة أو يباع ويشترى بثمنه دابة من جنسها وتوقف ؟ وجهان رجح الأوّل ابن المقري والثاني : صاحب الأنوار ، وهو كما قال شيخنا أولى بالترجيح ، فإن لم يقطع بموتها لم يجز ذبحها وإن خرجت عن الانتفاع كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف ، وقضية كلام الروضة أنه لا يجوز بيعها حية ، وهو كذلك كما صححه المحاملي والجرجاني ، وإن قال الماوردي بالجواز **(وله)** أي الموقوف عليه **(مهر)** وطء **(الجارية إذا وطئت بشبهة)** أو زنا بها مكرهة أو غير مميزة **(أو نكاح إن صححناه)** أي نكاحها **(وهو الأصحّ)** إذا زوّجها الحاكم من غير الواقف والموقوف عليه وأذن له الموقوف عليه ؛ لأنه من جملة الفوائد كالثمرة ، ويحرم على الواقف والموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة ، ولا يلزم الموقوف عليه الإذن في تزويجها وإن طلبته منه ؛ لأن الحقّ له ، ولا يحلّ له نكاحها بل لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه إن قبل الوقف على القول باشتراط القبول ، ولا يحلّ نكاحها للواقف أيضاً . وإذا وطئها الموقوف عليه لا يلزمه المهر ولا قيمة ولدها الحادث بتلفه أو بانعقاده حرًّا ؛ لأن المهر ولد الموقوفة الحادث له ، ويلزمه الحدّ حيث لا شبهة كالواقف ، ولا أثر لملكه المنفعة ، وهذا هو المعتمد كما جرى عليه ابن المقري في روضه ، وسيأتي في باب الوصية إن شاء الله تعالى أن الموصى له بمنفعة أمة إذا وطئها لا حدّ عليه ، والفرق بينه وبين الموقوف عليه .

تنبيه : قول المصنف إن صححناه لا مفهوم له ؛ لأنه إذا لم يصح كان وطء شبهة ، وقد قال : إن المهر له في ذلك . أما إذا زنى بها مطاوعة وهي مميزة فلا مهر لها **(والمذهب أنه)** أي الموقوف عليه وكذا الواقف **(لا يملك قيمة العبد)** مثلاً **(الموقوف إذا)** تلف تحت يد ضامنة لرقبته أو **(أتلف)** سواء أتلفه أجنبي أم الواقف أم الموقوف عليه تعدّياً . أما إذا أتلفه الموقوف عليه بلا تعدّ فلا ضمان ، ومن ذلك كما في زيادة الروضة الكيزان المسبلة على أحواض الماء ، وكذا الكتب الموقوفة على طلب العلم مثلاً فلا ضمان على من تلف في يده شيء منها بلا تعد ، وإن تعدّى ضمن ، ومن التعدّي استعماله في غير ما وقف له **(بل**

يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ لِيَكُونَ وقْفاً مَكَانَهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَبَعْضُ عَبْدٍ ، ولَوْ جَفَّتِ الشَّجَرَةُ لَمْ يَنْقَطِعِ الْوَقْفُ على المَذْهَبِ ، بَلْ يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعاً ،

يشترى بها) أي بالقيمة (عبد) مثله فلا يشتري أمة بقيمته ولا عبد بقيمة أمة ولا صغير بقيمة كبير ولا عكسه على أقوى الوجهين كما رجحه المصنف (ليكون وقفاً مكانه) مراعاة لغرض الواقف من استمرار الثواب وتعلق حق البطن الثاني وما بعده به .

تنبيه : الذي يتولى الشراء والوقف هو الحاكم ، ولا فرق بين أن يكون للوقف ناظر خاص أولا ، وهو كذلك خلافاً للزركشي في الشق الأوّل بناء على أن الموقوف ملك لله تعالى ، وأشار المصنف بقوله ليكون وقفاً إلى أنه لا يصير وقفاً حتى يقفه الحاكم ، وفرق بينه وبين المبني في عمارة الجدران الموقوفة وترميمها حيث يصير وقفاً بالبناء لجهة الوقف ، بأن العبد الموقوف مثلاً قد فات بالكلية والأرض الموقوفة باقية والطين والحجر المبني بهما كالوصف التابع (فإن تعذر) شراء عبد بقيمة التالف (فبعض عبد) ؛ لأنه أقرب إلى مقصود الواقف بخلاف الأضحية حيث لا يشترى بقيمتها شقص شاة لتعذر التضحية به ، وقيل : يملك القيمة الموقوف عليه بناء على أن الملك له ، وينتهي الوقف له ، والطريق الثاني : القطع بشراء عبد بها الخ ، فإن تعذر الشقص ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : يبقى البدل إلى أن يتمكن من شراء شقص . ثانيها : يكون ملكاً للموقوف عليه . ثالثها : يكون لأقرب الناس إلى الواقف ، وهذا أقربها ، ولو جنى الموقوف جناية توجب قصاصاً اقتص منه ، وفات الوقف كما لو مات ، وإن وجب بجنايته مال أو قصاص وعفي على مال فداه الواقف بأقل الأمرين من قيمته والأرش ، وإن مات العبد بعد الجناية ، ولا يتعلق المال برقبته لتعذر بيعه وله إن تكرّرت الجناية منه حكم أم الولد ، وإن مات الواقف ثم جنى العبد أفدى من كسبه في أحد وجهين يظهر ترجيحه ، والوجه الآخر من بيت المال كالحر المعسر ولا يفتدى من تركة الواقف ؛ لأنها انتقلت إلى الوارث (ولو) تعطلت منفعة الموقوف بسبب غير مضمون كأن (جفت الشجرة) أو قلعها ريح أو سيل أو نحو ذلك ولم يمكن إعادتها إلى مغرسها قبل جفافها (لم ينقطع الوقف على المذهب) وإن امتنع وقفها ابتداء لقوّة الدوام .

تنبيه : لو عبر كالمحرّر والروضة وأصلها بالأصح كان أولى ، فإن المقابل وجه يقول : إن الوقف ينقطع وينقلب ملكاً للواقف أو وارثه لا طريقة (بل ينتفع بها) حال كونها (جذعاً) بإجارة وغيرها إدامة للوقف في عينها ولا تباع ولا توهب للخبر السابق أوّل الباب

وقِيـلَ تُبَاعُ ، والثَّمَنُ كَقِيمَـةِ الْعَبْدِ ، وَالأَصَـحُّ جَوَازُ بَيْـعِ حُصْرِ المَسْجِـدِ إذَا بَلِيَتْ وجُـذُوعِهِ إذَا انْكَسَـرَتْ ولَمْ تَصْلُحْ إلاَّ لِلإحْرَاقِ،

(وقيـل تباع) لتعـذر الانتفاع كمـا شرطـه الواقـف (والثمن) على هـذا حكمه (كقيمـة العبـد) المتلف على مـا سبق فيه فـإن لم يمكن الانتفاع بهـا إلا باستهـلاكها بـإحراق أو نحـوه ففيـه خلاف . قيل : تصير ملكاً للمـوقوف عليـه ، لكنها لا تبـاع ولا توهب بـل ينتفع بعينهـا كأم الولد ولحم الأضحية ، وصحح هذا ابن الرفعة والقمولي وجرى عليه ابن المقـري في روضه ونقله أصله عن اختيـار المتولي ، ولكن اقتصـار المصنف على ما ذكـره كـالحـاوي الصغيـر يقتضي أنهـا لا تصيـر ملكـاً بحـال . قـال شيخنـا : وهـو المعتمـد المـوافق للدليـل وكـلام الجمهور اهـ والأوّل أوجه . فإن قيل : يلزم عليه التنافي إذ القول بأن الـوقف لا يبطل وتعـود ملكاً متنافيـان ، أجيب بأن معنى عـوده ملكاً أنـه ينتفع بـه ولو بـآستهلاك عينـه كالإحـراق ، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه ما دام باقياً لا يفعل بـه ما يفعـل بسائـر الأملاك من بيـع ونحوه كما مرّ ، وإذا كان كذلك فلا تنـافي بين بقاء الـوقف وعوده ملكـاً ، بل قيـل : إن الموقـوف ملك للموقوف عليه في حال الانتفاع به ، ولو كان البناء والغراس موقوفـاً في أرض مستأجـرة وصار الريع لا يفي بالأجرة أو يفي بها فقط . أفتى ابن الأستاذ بأنه يلتحق بما لا ينتفع به إلا بـاستهلاكـه : أي بإحـراق ونحوه فيقلع ، وينتفـع بعينه إن أمكن وإلا صـرف إلى المـوقـوف عليه اهـ وهذا مما يؤيد ما مرّ . ثم قال : وإن كان الغراس مما ينتفع بعينه بعد القلع وآنتهت مدّة الإجارة ، واختار المؤجر قلعه فيظهر عدم صحة الواقف ابتداء اهـ ، وهذا ممنوع لما مـرّ أنه يصح وقف الرياحين المغروسة وعلل بأنها تبقى مدة ، ولو اشترى بناء على أرض محتكرة ولم يستأجرها ثم وقف البناء . قال الزركشي : فالظاهر أنه إن كان ثم ريع وجبت منه الأجرة وإلا لم يلزم الواقف أجرة لما بعد الوقف ، وللمالك مطالبتـه بالتفـريغ اهـ وإذا قلع يـأتي فيه التفصيـل المتقدّم ، وإذا انقلعت أشجـار الموقـوف أو آنهدم بنـاؤه أجرت أرضـه لما لا يـراد دوامـه كزرعهـا أو لما يـراد كغرس وشـرط قلعه عنـد آنتهاء المـدّة وغـرست الأرض أو بنيت بأجرتها الحاصلة بـإيجارهـا بعد آنقضـاء مدّة الإجـارة (والأصح جـواز بيع حصـر المسجد) الموقوفة (إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت) أو أشـرفت على ذلك كمـا في الروضـة وأصلها ، ولو اقتصر عليـه المصنف لفهم حكم المنكسر بـطريق الأولى (ولـم تصلح إلا للإحـراق) لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها ولا تـدخل بـذلك تحت بيـع الوقف ؛ لأنهـا صارت في حكم المعـدومة ، وهـذا ما

وَلَـوِ انْهَـدَمَ مَسْجِـدٌ وتَعَـذَّرَتْ إعَادَتُهُ لم يُبَعْ بِحَالٍ .

جرى عليه الشيخان : وهو المعتمـد ، وعلى هذا يصـرف ثمنها في مصـالح المسجـد . قال الرافعي : والقياس أن يشترى بثمن الحصير حصير لا غيرها . قال : ويشبـه أنه مـرادهم اهـ وهو ظاهر إن أمكن وإلا فالأوّل وكالحصر في ذلـك نحاتـة الخشب وأستار الكعبـة إذا لم يبق فيها نفع ولا جمال . والثاني : لا يباع ما ذكر إدامة للوقف في عينه ؛ ولأنه يمكن الانتفاع به في طبـخ جص أو آجر . قـال السبكي : وقد تقـوم قطعـة من الجذوع مقـام آجرة وقـد تقوم النحـاتة مقـام التراب ويختلط بـه . قال الأذرعي : ولعله أراد مقـام التبن الذي يستعمـل في الطين ، وجرى على هذا جمع من المتأخرين . وأجـاب الأوّل بأنـه لا نظر لإمكـان الانتفاع في هـذه الأمور ؛ لأن ذلـك نادر لنـدرة اصطنـاع هذه الأشيـاء لبعض المسـاجـد فضـلاً عن جميعها . أما الحصر الموهوبة أو المشتراة للمسجد ، فـإنها تبـاع للحاجـة واحترز بقـوله إلا للإحراق عما إذا أمكن أن يتخذ منها ألواح أو أبواب فلا تباع قطعاً .

تنبيـه : جدار الدار الموقوفة المنهدم إذا تعذر بناؤه كالتالف فيأتي فيه ما مرّ (**ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته**) أو تعطل بخراب البلد مثلاً (**لم**) يعد ملكـاً ولم (**يبع بحـال**) كالعبـد إذا عتق ثم زمن ولم ينقض إن لم يخف عليه لإمكان الصلاة فيه ولإمكان عوده كما كان قـال المتولي وتصرف غلة وقفه لأقرب المساجد إليه : أي إذا لم يتوقع عوده وإلا حفظ كمـا قالـه الإمام وهذا أولى من قول الماوردي تصـرف إلى الفقراء والمسـاكين . ومن قول الـروياني : إنـه كمنقطع الآخـر ، فإن خيف عليـه نقض وبنى الحاكم بنقضـه مسجداً آخـر إن رأى ذلك وإلا حفظه وبناؤه بقربه أولى ولا يبني به بئراً كمـا لا يبني بنقض بئر خـربت مسجداً بـل بئراً أخرى مراعاة لغرض الواقف ما أمكن ولو وقف على قنطرة وآنحـرق الوادي وتعـطلت القنطرة واحتيـج إلى قنطرة أخـرى جـاز نقلهـا إلى محـل الحـاجـة ، وغلة وقف الثغـر وهـو الـطرف الملاصق من بلادنا بلاد الكفار إذا حصل فيه الأمن يحفظه الناظر لاحتمال عوده ثغراً ويدخـر من زائد غلة المسجد على ما يحتاج إليـه ما يعمـره بتقديـر هدمـه ويشتري لـه بالبـاقي عقاراً ويقفه ؛ لأنه أحفظ له بشيء من الموقوف على عمارته ؛ لأن الواقف وقف عليها .

فـرع : تقدّم عمارة الموقوف على حق الموقوف عليهم لما في ذلك من حفظ الـوقف ويصـرف ريع المـوقوف على المسجـد وقفاً مـطلقـاً أو على عمـارتـه في البنـاء والتجصيص المحكم والسلم والبواري للتظليل بها والمكانس ليكنس بها والمسـاحي لينقل بهـا التراب ،

فصــل

إن شَـرَط الْـوَاقِفُ النَّـظَرَ لِنَفسِـهِ أَو غَيْـرِهِ اتُّبِـعَ ، وإلاَّ فَـالنَّـظَرُ لِلقَـاضِي على المَذهَبِ ،

وفي ظلة تمنع إفساد خشب الباب بمطر ونحوه إن لم يضر بـالمارة ، وفي أجـرة قيم لا مؤذن وإمـام وحصر ودهن ؛ لأن القيم يحفظ العمـارة بخلاف البـاقي . فإن كـان الوقف لمصـالح المسجد صرف من ريعه لمن ذكر لا في التزويق والنقش ، بل لـو وقف عليها لم يصـح كما مرت الإشارة إليـه ولا يصرف لحشيش السقف مـا عين لحشيش الحصر ولا عكسـه ، ولأهل الوقف المهايأة لا قسمته ، وإن قلنا: القسمة إفراز لما فيه من تغيير شـرط الواقف ولا تغييـره عن هيئته كجعل البستان داراً أو حماماً إلا أن يشرط الواقف العمل بـالمصلحة فيجـوز التغيير بحسبها عملاً بشرطه . قـال السبكي : والذي أراه تغييـره في غير ذلـك بثلاثة شـروط : أن يكون يسيراً لا يغير مسمى الوقف . وأن لا يزيل شيئاً من عينه بل ينقل نقضـه من جانب إلى جانب . وأن يكون فيه مصلحة للوقف ، وعليه ففتح شباك الطبرسية في جدار الجامع الأزهر لا يجـوز إذ لا مصلحة للجـامع فيـه ، وكذا فتـح أبـواب الحـرم ؛ لأنـه إنمـا هـو لمصلحـة السكان .

فصــل

في بيان النظر على الوقف : وشرط الناظر ووظيفته **(إن شرط الواقف النظر)** على وقفه **(لنفسه أو غيره)** واحداً كان أو أكثر **(اتبع)** شرطه سواء أفوّضه له في حال حياته أم أوصى به ؛ لأنه المتقرّب بالصدقة فيتبع شـرطه كمـا يتبع في مصـارفها وغيـرها ، ولـو جعل ولايـة وقفه لفلان فإن مات فلفلان جاز «وَقَدْ كَانَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ يَلِي أَمْـرَ صَدَقَتِـهِ ، ثُمَّ جَعَلَهُ إِلَى حَفْصَةَ تَلِيهِ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ أُولُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا» رواه أبـو داود ، ولقبول المشـروط له النظر حكم قبـول الوكيـل بجامـع آشتراكهمـا في التصرّف وفي جـواز الامتناع منهمـا بعد قبـولهما فـلا يشترط قبـولـه لفـظاً **(وإلا)** أي وإن لم يشـرطـه لأحـد **(فـالنـظر للقـاضي على المذهب)** ؛ لأن له النـظر العام فكـان أولى بالنـظر فيه ؛ ولأن الملك في الـوقف لله تعالى . والطريق الثاني ينبني على أقوال الملك ، والخلاف في الـروضة كـأصلها وجهـان ، ولو بنى مسجـداً ببلد ووقف عليه وقفاً ببلد آخر ولم يشـرط النظر لأحـد وقلنـا بـالمـذهب إن النـظر للحاكم كان النظر على المسجد لحاكم بلده وعلى الموقـوف لحاكم بلده . ووقـع بعد تـولية القضاة الأربعة فتـوى فيمن شرط النـظر لزيـد ثم لحاكم المسلمين بـدمشق ، وأفتى الفزاري

وشَرطُ النَّاظِرِ الْعَدَالَةُ والْكِفَايَةُ ، والإهتِدَاءُ إِلَى التَّصَرُّفِ ، وَوَظِيفَتُهُ الْعِمَارَةُ والإجَارَةُ وتَحصِيلُ الْغَلَّةِ وقِسْمَتُهَا

بأن النظر المشروط للحاكم لا يختص بحاكم معين ونوزع في ذلك ، وآختار السبكي اختصاص الشافعي بالنظر في الأوقاف التي شرطت للحاكم ، والتي سكت عن نظرها ، والتي آل نظرها إلى الحاكم . قال : لأن القاضي الشافعي هو المفهوم عرفاً عند الإطلاق ، فمتى قيل : القاضي من غير تعيين فهو الشافعي ، وإن أريد غيره قيدوه ، وقد استقرّ ذلك في الديار المصرية وبسط القول في ذلك **(وشرط الناظر العدالة)** وإن كان الوقف على معينين رشداء ؛ لأن النظر ولاية كما في الوصي والقيم . قال السبكي : ويعتبر في منصوب الحاكم العدالة الباطنة ، وينبغي أن يكتفى في منصوب الواقف بالظاهرة كما في الأب وإن افترقا في وفور شفقة الأب ، وخالف الأذرعي فاعتبر فيه الباطنة أيضاً ، والأوّل أوجه **(و)** شرطه أيضاً **(الكفاية)** وفسرها في الذخائر بقوّة الشخص وقدرته على التصرّف فيما هو ناظر عليه ، فإن اختلت إحداهما نزع الحاكم الوقف منه وإن كان المشروط له النظر الواقف ، وقضية كلام الشيخين أن الحاكم يتولاه استقلالاً فيوليه من أراد ، وأن النظر لا ينتقل لمن بعده إذا شرط الواقف النظر لإنسان بعد آخر : أي إلا أن ينص عليه الواقف كما قاله السبكي وغيره ، فإن زال الاختلال عاد نظره إن كان مشروطاً في الوقف منصوصاً عليه بعينه كما ذكره المصنف في فتاويه وإن اقتضى كلام الإمام خلافه ، وما في الفتاوى يدل على أنه لا ينفذ عزله من نفسه ولا من غيره وهو كذلك من غيره أو من نفسه إذا تعين .

تنبيه : في ذكر الكفاية كفاية عن قوله **(والاهتداء إلى التصرّف)** ولذلك حذفه من الروضة كأصلها ، وحينئذ فعطف الاهتداء على الكفاية من عطف التفسير ، أو يقال : أفرده بالذكر لكونه المهمّ من الكفاية ، ولو كان له النظر على مواضع ، فأثبت أهليته في مكان ثبت في باقي الأماكن من حيث الأمانة ولا يثبت من حيث الكفاية إلا إن ثبتت أهليته في سائر الأوقاف ، قاله ابن الصلاح ، وهو كما قال الدميري ظاهر إذا كان الباقي فوق ما أثبت أهليته فيه ، أو مثله بكثرة مصارفه وأعماله ، فإن كان أقلّ فلا ، ولا يتصرّف الناظر إلا على وجه النظر والاحتياط ؛ لأنه ينظر في مصالح الغير فأشبه وليّ اليتيم **(ووظيفته)** عند الإطلاق أو تفويض جميع الأمور **(العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها)** على مستحقيها وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط ؛ لأنه المعهود في مثله .

فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هٰذِهِ الأُمُورِ لَمْ يَتَعَدَّهُ ،

تنبيه : أفتى ابن عبد السلام بأن المدرّس هو الذي ينزل الفقهاء ويقرّر جامكياتهم ، وأنه ليس للناظر إلا تحصيل الريع وقسمه على المنزلين، وهذا قد يخالفه قول المصنف بعد : وللواقف عزل من ولاه ونصب غيره ، والناظر قائم مقام الواقف ، فإنه قد أقامه مقام نفسه فكيف يقال : بتقديم غيره عليه ، وكيف يقال الناظر يولي المدرّس وهو ينزل الطلبة فالمدرّس فرع الناظر فكيف يقدّم الفرع على الأصل ، وهذا هو المعتمد كما صوّبه الزركشي وغيره (**فإن فوّض إليه بعض هذه الأمور لم يتعدّه**) آتباعاً للشرط كالوكيل ، ولو شرط الواقف للناظر شيئاً من الريع جاز وإن زاد على أجرة مثله كما صرّح به الماوردي ، بخلاف ما لو كان النظر له وشرط لنفسه فإنه لا يزيد على أجرة المثل كما مرّت الإشارة إليه ، فإن لم يذكر الواقف للناظر أجرة فلا أجرة له على الصحيح كالغسال ونحوه ، فلو رفع الناظر الأمر إلى الحاكم ليقرّر له أجرة فهو كما إذا تبرم الوليّ بحفظ مال الطفل فرفع الأمر إلى القاضي ليثبت له أجرة ، ولو ادّعى متولي الوقف صرف الريع للمستحقين ، فإن كانوا معينين فالقول قولهم ولهم مطالبته بالحساب ، وإن كانوا غير معينين فهل للإمام مطالبته بالحساب أو لا ؟ وجهان : حكاهما شريح في أدب القضاء ، أوجههما الأوّل ويصدّق في قدر ما أنفقه عند الاحتمال ، فإن اتهمه الحاكم حلفه ، والمراد كما قال الأذرعي إنفاقه فيما يرجع إلى العادة ، وفي معناه الصرف إلى الفقراء ونحوهم من الجهات العامة ، بخلاف إنفاقه على الموقوف عليه المعين فلا يصدق فيه ؛ لأنه لم يأتمنه ، ولو فوّض الواقف النظر لاثنين لم يستقل أحدهما بالتصرّف ما لم ينص عليه ، ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم إلا عدل نصب الحاكم آخر ، وإن شرطه للأرشد من أولاده فالأرشد ، فأثبت كل منهم أنه الأرشد اشتركوا في النظر بلا استقلال إن وجدت الأهلية فيهم ؛ لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البينات فيها وبقي أصل الرشد ، وإن وجدت الأرشدية في بعض منهم اختص بالنظر عملاً بالبينة ، ويدخل في الأرشد من أولاد أولاده الأرشد من أولاد البنات لصدقه به ، ولو قال الواقف : جعلت النظر لفلان ، وله أن يفوّض النظر إلى من أراد ففوّض النظر إلى شخص فهل يزول نظر المفوّض ، أو يكون المفوّض إليه وكيلاً عن المفوّض ، وفائدة ذلك أنه لو مات المفوّض هل يبقى النظر للمفوّض إليه ، أو مات المفوّض إليه هل يعود للمفوّض أو لا ؟ يدل للأوّل ما في فتاوى المصنف إذا شرط الواقف النظر لإنسان وجعل له أن يسند إلى من شاء ، وكذلك سند بعد سند فأسند إلى إنسان فهل للمسند عزل المسند إليه أو لا

وَلِلْوَاقِفِ عَـزْلُ مَنْ وَلَّاهُ ، وَنَصْبُ غَيْرِهِ ، إلَّا أَنْ يَشْـرِطَ نَظَرَهُ حَـالَ الْوَقْفِ ،

وهل يعود النظر إلى المسند أو لا ؟ ولـو أسند المسنـد أو المسند إليـه إلى ثالث فهـل للأوّل عزله أو لا ؟ أجـاب ليس للمسند عـزل المسند إليـه ولا مشاركتـه ، ولا يعود النـظر إليه بعـد موته ، وليس له ولا للثاني عزل الثالث الذي أسند إليه الثاني (وللواقف) النـاظر (عـزل من) أي شخص (ولاه) النظر (ونصب غيره) مكـانه كمـا يعزل المـوكل وكيله وينصب غيـره وكان المتولي نائباً عنه . أما غير الناظر فلا يصح منه تولية ولا عزل بل هي للحاكم .

تنبيـه : قد يقتضي كلامه أن له العزل بلا سبب ، وبه صرّح السبكي في فتاويه فقال : إنه يجوز للواقف وللناظر الذي من جهته عزل المدرّس ونحوه إذا لم يكن مشروطاً في الوقف لمصلحـة ولغير مصلحـة ؛ لأنه كـالوكيـل المأذون لـه في إسكان هـذه الدار لفقيـر ، فله أن يسكنهـا من شاء من الفقـراء ، وإذا سكنها فقيـر مدة فله أن يخـرجه ويسكن غيـره لمصلحـة ولغير مصلحة وليس تعيينه لذلك يصيره كأنه مراد الواقف حتى يمتنع تغييره وبسط في ذلك . فإن قيل : في زوائد الروضة قبيل بـاب القسمة عن المـاوردي أنه إذا أراد وليّ الأمـر إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان بسبب جاز ، أو بغير سبب فلا ، وإذا كـان هذا في النـظر العام ففي النظر الخاص المقتضي للاحتيـاط أولى . أجيب بأن الأجنـاد المثبتين في الديـوان قد ربطوا أنفسهم على الجهاد ، وهو من فروض الكفايات ، ومن شرع فيه أو ربط نفسه عليه لا يجوز إخراجـه بغير سبب ، بخـلاف الوقف ، فـإنه خـارج عن فروض الكفـايات . وقـال البلقيني : عزل الناظر للمدرّس من غير طريق مسوّغ لا ينفذ ويكون قادحـاً في نظره . وقـال الـزركشي في خادمـه : لا يبعد أن ينفـذ وإن كان عـزله غيـر جائـز . وقال في شرحـه على المنهاج في باب القضاء : لا ينعزل أصحاب الوظائف الخاصـة كالإمـامة والإقـراء والتصوّف والتدريس والطلب والنـظر من غير سبب كمـا أفتى به كثيـر من المتأخـرين منهم ابن رزين . فقال : من تولى تدريساً لا يجوز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك اهـ وهذا هو الظاهر ، ثم استثنى المصنف من جواز العزل قوله (إلا أن يشرط) الواقف لشخص (نظره حال الوقف) فليس له عزله ولو لمصلحة ؛ لأنه لا تغيير لما شرطه كما ليس لغيره ذلـك ؛ ولأنه لا نـظر له حينئذ ، وليس له عزل من شرط تـدريسه أو فـوّض إليه حـال الوقف ولـو لمصلحة ، كمـا لو وقف على أولاده الفقراء لا يجوز تبـديلهم بالأغنيـاء ، بخلاف من جعـل له ذلـك بعد تمـام الـوقف ، فإن لـه عزلـه كما نقله الشيخـان عن فتاوى البغـوي وأقرّاه ، لكن ينبغي كمـا قـال

وَإِذَا أَجَّـرَ النَّاظِرُ فَزَادَتِ الْأُجْرَةُ فِي المُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِالزِّيَادَةِ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ .

شيخنا : تقييده في تفويض التدريس بما إذا كانت جنحة ، ولو عزل الناظر بالشرط نفسه أو فسق فتولية غيره إلى الحاكم لا إلى الواقف ، إذ لا نظر له بعد أن جعل النظر في حال الوقف لغيره ، فإن شرط النظر حال الوقف لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء ، فعزل زيد نفسه من النظر ، أو استناب فيه غيره قبل انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء لم يصح العزل ولا الاستنابة ؛ لأنه غير ناظر في الحال ، ولا يملك الواقف عزل زيد في الحال ولا من بعده كما علم مما مرّ (وإذا أجر الناظر) العين الموقوفة على غيره مدّة بأجرة مثله **(فزادت الأجرة في المدّة أو ظهر طالب بالزيادة)** عليها **(لم ينفسخ العقد في الأصح)** ؛ لأن العقد قد جرى بالغبطة في وقته فأشبه ما إذا باع الوليّ مال الطفل ثم آرتفعت القيم بالأسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة . والثاني : ينفسخ إذا كان للزيادة وقع والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف الغبطة . أما إذا أجر العين الموقوفة عليه ، فإنه يصح قطعاً ولو بدون أجرة المثل كما لو أجر المطلق به أو أجر الناظر الموقوف على غيره بدون أجرة المثل ، فإنه لا يصحّ قطعاً ، وأفتى ابن الصلاح فيما إذا أجر الناظر الوقف مدّة معلومة بأجرة معلومة وشهد شاهدان أنها أجرة المثل حالة العقد ، ثم تغيرت الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل أنه يتبين بطلان العقد ، ويتبين خطأ الشاهدين بأجرة المثل ؛ لأن تقويم المنافع في مدّة ممتدة. إنما يصح إذا استمر الحال الموجودة حالة التقويم التي هي حالة العقد ، وليس هذا التقويم كتقويم السلعة الحاضرة . قال الأذرعي : وهذا مشكل جداً ، والذي يقع في النفس إنما ينظر إلى أجرة المثل التي تنتهي إليها الرغبات حالة العقد في جميع المدّة المعقود عليها مع قطع النظر عما عساه يتجدد ؛ لأن ذلك يؤدي إلى سدّ باب إجارة الأوقاف والزهادة فيها ؛ لأن الدنيا لا تبقى على حالة واحدة وأطال في ردّ ذلك وما قاله لا خفاء فيه .

خاتمة : نفقة الموقوف ومؤن تجهيزه وعمارته من حيث شرطها الواقف من ماله أو من مال الوقف ، وإلا فمن منافع الموقوف ككسب العبد وغلة العقار ، فإذا تعطلت منافعه فالنفقة ومؤن التجهيز لا العمارة في بيت المال ، ولو آندرس شرط الواقف ، وجهل الترتيب بين أرباب الوقف أو المقادير بأن لم يعلم هل سوّى الواقف بينهم أو فاضل ، قسمت الغلة بينهم بالسوية لعدم الأولوية ، وإذا تنازعوا في شرطه ولا بينة ، ولأحدهم يد صدّق بيمينه

لاعتضاد دعواه باليد ، فإن كان الواقف حياً عمل بقوله بلا يمين ، أو ميتاً فوارثه ، فإن لم يكن فناظره من جهة الواقف لا المنصوب من جهة الحاكم ، ولو وجد الوارث والناظر ، فالناظر كما قاله الأذرعي : ولو وقف على قبيلة كالطالبين أجزأ ثلاثة منهم ، فإن قال : وقفت على أولاد عليّ وجعفر وعقيل آشترط ثلاثة من كلّ منهم ، ويدخل في الوقف على الفقراء الغرباء وفقراء أهل البلد ، وللناظر الاقتراض في عمارة الوقف بإذن الإمام ، ولو نبتت شجرة بمقبرة فثمرتها مباحة للناس تبعاً للمقبرة وصرفها إلى مصالح المقبرة أولى من تبقيتها للناس لا ثمر شجرة غرست للمسجد فيه ، فليست مباحة بلا عوض ، بل يصرف الإمام عوضها لمصالح المسجد ، وإنما خرجت الشجرة عن ملك غارسها هنا بلا لفظ للقرينة الظاهرة ، وخرج بغرسها للمسجد غرسها مسبلة ، فيجوز أكلها بلا عوض ، وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به وتقطع الشجرة من المسجد إن رآه الإمام بل إن جعل البقعة مسجداً وفيها شجرة فللإمام قطعها ، وإن أدخلها الواقف في الوقف ، والوقف أمانة في يد الموقوف عليه ، فإن استعمله في غير ما وقف له ضمنه ، فإن آنكسر القدر بلا تعدّ ، فإن تطوّع أحد بإصلاحه فذاك وإلا أعيد صغيراً ببعضه ، فإن تعذر فقصعة أو مغرفة أو نحوها ولا حاجة إلى إنشاء وقف ، ولو وقف دهناً لإسراج المسجد به أسرج كل الليل إلا أن لا يتوقع حضور أحد ينتفع به آنتفاعاً جائزاً . قال الدميري : واقعة عن السبكي : قال لي ابن الرفعة : أفتيت ببطلان خزانة كتب وقفها واقف لتكون في مكان معين في مدرسة الصالحية بمصر ؛ لأن ذلك المكان مستحق لغير تلك المنفعة . قال السبكي : ونظيره إحداث منبر في مسجد لم يكن فيه فإنه لا يجوز ، وكذا إحداث كرسي مصحف مؤبد يقرأ فيه كما يفعل بالجامع الأزهر وغيره لا يصح وقفه لما تقدم من استحقاق تلك البقعة لغير هذه الجهة قال : والعجب من قضاة يثبتون وقف ذلك شرعاً ﴿وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعاً﴾ وسئل السبكي عن رجل وقف أرضاً بها أشجار موز والعادة أن شجر الموز لا يبقى أكثر من سنة فزالت الأشجار بعد أن نبتت من أصولها أشجار ثم أشجار على مر الزمان ، فأجاب : الأرض وما فيها من أصول الموز وفراخه وقف وما نبت بعد ذلك من الفراخ ينسحب عليه حكم الوقف ولا يحتاج إلى إنشاء وقف ، بخلاف العبد الموقوف إذا قتله وآشترى بقيمته عبداً آخر فإنه يحتاج إلى إنشاء وقف كما تقدّم ، والفرق أن العبد قد فات بالكلية والأرض الموقوفة باقية .

كِتَابُ ٱلهِبَةِ

كِتَابُ ٱلهِبَةِ(1)

تقال لما يعم الهدية والصدقة ، ولما يقابلهما ، وآستعمل الأوّل في تعريفها والثاني : في أركانها وسيأتي . والأصل فيها على الأوّل قبل الإجماع قوله تعالى ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء : ٤] وقوله ﴿وَآتَى المَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾ [النساء: ٨٦] وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية، قيل المراد منها الهبة، وأخبار كخبر الصحيحين «لاَ تُحَقِّرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فرسن شَاة»(2) أي ظلفها ، والعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها . قال الله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة : ٢] والهبة : برّ ، ولأنها سبب التوادّ والتحابّ(3) . قال ﷺ «تَهَادُوا تَحَابُّوا» وقَبِلَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هَدِيَّةَ المُقوقِسِ الكَافِرِ وَتَسَرَّى مِنْ جُمْلَتِهَا بِمَارِيَةَ ٱلقِبْطِيَّةِ وَأَوْلَدَهَا ، وَقَبِلَ هَدِيَّةَ النَّجَاشِيِّ المُسْلِمِ وَتَصَرَّفَ فِيهَا وَهادَاهُ أَيْضاً» وقد يعرض لها أسباب تخرجها عن ذلك : منها الهبة لأرباب الولايات والعمال فإنه يحرم عليهم قبول الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست له عادة بذلك قبل الولاية كما هو محرّر في محله . ومنها ما لو كان المتهب يستعين بذلك على معصية ، وصرفها في الأقارب والجيران أفضل من صرفها في غيرهم لما في الأوّل من صلة الرحم ، ولما روي في الثاني من قوله ﷺ «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَاليَوْمِ

---

(1) الهبة لغة : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً .
انظر : لسان العرب ٤٩٢٩/٦ .
اصطلاحاً :
عرّفها الأحناف بأنها : تمليك بلا عوض .
وعرّفها المالكية بأنها : تمليك متمول بغير عوض .
وعرّفها الحنابلة بأنها : تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه .
انظر : فتح القدير ١٩/٩ ، حاشية ابن عابدين ٦٩٠/٥ ، الإقناع ٨٥/٢ ، والمحلى على المنهاج ١١٠/٣ ، مواهب الجليل ٤٩/٦ ، شرح منتهى الإرادات ٢٢/٢ ، الإشراف ٥٧/٢ .

(2) البخاري ٤٤٥/١٠ (٦٠١٧) ومسلم ٧١٤/٢ (١٠٣٠/٩٠) .

(3) أخرجه مالك في الموطأ ٩٠٨ والدولابي ٧/٢ والبيهقي ١٦٩/٦ وانظر التلخيص ٦٩/٣ .

التَّمْلِيكُ بِلاَ عِوَضٍ هِبَةٌ فَإِنْ مَلَّكَ مُحْتَاجاً لِثَوَابِ الآخِرَةِ فَصَدَقَـةٌ ، فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى مَكانِ المَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَاماً لَهُ فَهَدِيَّةٌ ،

آلآخِـرِ فَلْيُكْرِمْ جَـارَهُ» والصرف إلى الأوّل أفضـل . ثم شرع المصنف في تعـريفها بـالمعنى الأوّل ، فقال (التمليك) لعين (بلا عوض) في حال الحياة تـطوّعا (هبـة) فخـرج بـالتمليك العارية والضيافة والوقف ، وبالعين الدين والمنفعة وسيأتي حكمهما ، وبنفي العـوض ما فيـه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة ، وبالحياة الوصية ؛ لأن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهـو بعد الموت ، وبالتطوّع الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما ، وكان الأولى في تعريـف الهبة كما في الحاوي الصغير الهبة تمليك الخ ، فإن الهبة هي المحدث عنها . فإن قيل : يرد على حصر الهبة في التمليك مـا لو أهـدي إلى غني من لحم أضحية أو هـدي أو عقيقة ، فـإنه هبـة ولا تمليك فيه ، وما لو وقف شيئاً فإنه تمليك بلا عوض وليس بهبة . أجيب عن الأوّل بمنع أنـه لا تمليك فيه ، بل فيه تمليك . لكن يمنع من التصرّف فيه بالبيع ، ونحوه كما يعلم من باب الأضحية ، وعن الثاني : بأنه تمليك منفعة ، وإطلاقهم التمليك إنما يريدون به الأعيان .

تنبيـه : قضية كلامه أن الهبة بثواب لا يطلق عليهـا اسم الهبة لـوجود العـوضية ، وبـه صرّح الزبيري . ثم قسم التمليك المذكور إلى الصدقة والهدية بقوله (فإن ملك) بلا عـوض (محتـاجاً) شيئـاً (لثواب الآخـرة) أي لأجلها (فصـدقـة) أي فـلا بـدّ من آجتمـاع الأمـرين ، والتحقيق ، كمـا قال السبكي أخـذاً من كلام المجمـوع وغيره أن الحـاجة غيـر معتبـرة قـال السبكي : فينبغي أن يقتصـر على أحد الأمـرين : إما الحـاجة أو قصـد ثواب الآخـرة، فـإن الصدقة على الغني جائزة ، ويثاب عليها إذا قصد القربة ، فخرج بذلك مـا لو ملك غنيـاً من غير قصد ثواب الآخرة (فإن نقله) بنفسه أو بغيـره مع قصـد الثواب (إلى مكـان الموهـوب له إكراماً له فهدية) أيضاً ، أو بـدون قصد الثـواب فهديـة فقط ، ولهذا قـال في المحرّر : وإن نقله بالواو وهي أولى ، فإن الفاء تـوهم لولا مـا قدرتـه أن الهديـة قسم من الصدقـة ، وليس مـراداً ، بل هي قسيمهـا ، وإذا انضم إلى تمليك المحتـاج بقصد ثـواب الآخـرة النقـل إلى مكانه فتكون هدية وصدقة ، وقد تجتمع الأنواع الثلاثة فيما لو ملك محتاجاً لثواب الآخرة بلا عـوض ونقله إليه إكـراماً بـإيجاب وقبـول . قال السبكي : والـظاهر أن الإكـرام ليس شرطـاً فالشرط هو النقل . قال الزركشي : وقد يقال : احترز به عن الرّشوة ، ولا يقـع اسم الهديـة على العقار . فإن قيل : قد صرّحوا في باب النذر أن الشخص لـو قال : لله عليّ أن أهـدي

وَشَرْطُ الْهِبَةِ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظاً ،

هذا البيت مثلاً صح وباعه ونقل ثمنه . أجيب بأنهم توسعوا فيه بتخصيصه بالإهداء إلى فقراء الحرم وتعميمه في المنقول وغيره . وأما تعريفها بالمعنى الثاني ، وهو المراد عند الإطلاق . **فأركانها ثلاثة** : عاقد وصيغة وموهوب ، وقد أخذ المصنف في بيان بعض ذلك فقال (**وشرط الهبة**) لتتحقق عاقدان كالبيع ، وهذا هو **الركن الأوّل** ، ولهما شروط ، فيشترط في الواهب الملك ، وإطلاق التصرّف في ماله ، فلا تصحّ من وليّ في مال محجوره ولا من مكاتب بغير إذن سيده ، ويشترط في الموهوب له أن يكون فيه أهلية الملك لما يوهب له من تكليف وغيره ، وسيأتي أن غير المكلف يقبل له وليه فلا تصحّ لحمل ولا لبهيمة ولا لرقيق نفسه ، فإن أطلق الهبة له فهي لسيده ، و(**إيجاب وقبول لفظاً**) من الناطق مع التواصل المعتاد كالبيع. وهذا هو الركن الثاني ، ومن صريح الإيجاب وهبتك ومنحتك وملكتك بلا ثمن ، ومن صريح القبول قبلت ورضيت ، ويستثنى من اعتبارهما مسائل : منها الهبة الضمنية كأن يقول لغيره : أعتق عبدك عني ، ففعل فيدخل في ملكه هبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول . ومنها ما لو وهبت المرأة نوبتها من ضرتها لم يحتج لقبولها على الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى في القسم والنشوز . ومنها ما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم لا يشترط فيه القبول كما بحثه بعض المتأخرين لجريان العادة بذلك . ومنها ما لو اشترى حلياً لولده الصغير وزينه به فإنه يكون تمليكاً له بخلاف ما لو اشتراه لزوجته فإنه لا يصير ملكاً لها كما قاله القفال والفرق بينهما أن له ولاية على الصغير بخلاف الزوجة كذا ذكره السبكي وتبعه ابن الملقن ، ويرد هذا قول الشيخين وغيرهما ، فإن وهب للصغير ونحوه وليّ غير الأب والجد قبل له الحاكم ، وإن كان أباً أو جدًّا تولى الطرفين ، فلا بدّ من الإيجاب والقبول . ومنها ما لو قال : اشترِ لي بدراهمك لحماً فاشتراه وصححناه للسائل ، فإن الدراهم تكون هبة لا قرضاً ، ويقبل الهبة للصغير ونحوه ممن ليس أهلاً للقبول الوليّ ، فإن لم يقبل انعزل الوصي ومثله القيم وأثما لتركهما الأحظ ، بخلاف الأب والجدّ لكمال شفقتهما ويقبلها السفيه نفسه وكذا الرقيق لا سيده وإن وقعت له . أما الأخرس فيكفيه الإشارة المفهمة ، وفي الذخائر أن انعقاد الهبة بالكناية مع النية وبالاستيجاب على الخلاف في البيع : أي فتصح ومن الكناية الكتابة ، واختار في المجموع صحتها بالمعاطاة وقوله لغيره كسوتك هذا الثوب كناية في الهبة ، فإن قال الواهب : لم أردها صدق ؛ لأنه يصلح للعارية فلا يكون صريحاً في الهبة كالبيع ، وهل يصحّ قبول بعض الموهوب أو قبول أحد

وَلَا يُشْتَـرَطَانِ في الْهَـدِيَةِ عَلَى الصَّحِيحِ ، بَـلْ يَكْفِي الْبَعْثُ مِنْ هٰـذَا وَالْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ ، وَلَـوْ قَـالَ أَعْمَرْتُكَ هٰذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مُتَّ فَهِيَ لِوَرَثَتِـكَ فَهِيَ هِبَةٌ ،

شخصين نصف ما وهب لهما وجهان : أوجههما ، كما قال شيخي تبعاً لبعض اليمانيين الصحة بخلاف البيع فإنه لا يصح ؛ لأنه معاوضة بخلاف الهبة فاغتفر فيها ما لم يغتفر فيه ، وإن قال بعض المتأخرين . إن هذا الفرق ليس بقادح (**ولا يشترطان**) أي الإيجاب والقبول (**في الهدية على الصحيح**) ولو في غير المطعوم (**بل يكفي البعث من هذا**) أي المهدي ، ويكون كالإيجاب (**والقبض من ذاك**) أي المهدى إليه ويكون كالقبول كما جرى عليه الناس في الاعصار ، وقد أهدى الملوك إلى رسول الله ﷺ الكسوة والدواب والجواري كما مرّ ، وفي الصحيحين «كَانَ النَّاس يَتَحَرَّونَ بِهَدَايَاهُمْ يَوْمَ عَائِشَةَ» رضي الله تعالى عنها وعن أبويها ، ولم ينقل إيجاب ولا قبول . والثاني : يشترطان كالهبة ، وحمل ما جرى عليه الناس على الإباحة ردّ بتصرفهم في المبعوث تصرّف الملاك . والفروج لا تباح بالإباحة .

تنبيه : سكوت المصنف عن آحتياج الصدقة إلى الصيغة يشعر بعدم آفتقارها إليها قطعاً . وقال الإمام : إنه الظاهر لكن قال في الروضة وأصلها : إن الصدقة كالهدية بلا فرق . فإن قيل : بل كلامه إنما يشعر باشتراط الإيجاب والقبول فيها ؛ لأنه اعتبر الإيجاب والقبول ولم يستثن إلا الهدية . أجيب بأن المراد بالهبة في قوله وشرط الهبة إيجاب وقبول الهبة الخاصة المقابلة للهدية والصدقة كما مرت الإشارة إليه لا الهبة العامة المرادة أوّل الباب ، وقوله لفظاً تأكيد ونصبه بنزع الخافض الباء .

فرع : لو ختن شخص ولده واتخذ دعوة ، فأهدي إليه ولم يسم أصحاب الهدايا الابن ولا الأب ، حكي في المسألة وجهان : أحدهما أنها للابن وصححه العبادي وصاحب الكافي وجزم به القاضي حسين . والثاني ويحكى عن الشيخ أبي إسحاق، وقال المصنف : إنه أقوى وأصح أنها للأب ، ولو غرس شجراً وقال عند غرسه : غرسته لطفلي لم يملكه ، فإن قال : جعلته له صار ملكه : أي إذا قبله له كما مرّ ، ولا يصحّ تعليق الصيغة ولا توقيتها إلا ما استثناه بقوله (**ولو قال : أعمرتك هذه الدار**) مثلاً : أي جعلتها لك عمرك أو حياتك أو ما عشت أو حييت أو نحو ذلك (**فإذا مت**) بفتح التاء (**فهي لورثتك**) أو لعقبك كما في الروضة (**فهي هبة**) حكماً ، ولكنه طوّل العبارة فيعتبر الإيجاب والقبول وتلزم بالقبض ، فإذا مات كانت لورثته فإن لم يكونوا فلبيت المال ولا تعود للواهب بحال لخبر مسلم «أَيُّمَا رَجُلٍ

وَلَـوِ اقْتَصَرَ عَلَى أَعْمَـرْتُكَ فَكَـذَا فِي الجَدِيدِ ، وَلَـوْ قَالَ فَـإِذَا مُتَّ عَادتْ إِلَيَّ فَكَـذَا فِي الأَصَحِّ ، وَلَـوْ قَالَ : أَرْقَبْتُـكَ أَوْ

أَعْمَـرَ عُمْرَى فَـإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْـطِيَهَا لاَ تَـرْجِعُ إِلَى الَّـذِي أَعْطَاهَـا» **(ولو اقتصـر على)** قـولـه : **(أعمرتك)** هذه الدار مثلاً ولم يتعرض لما بعد موته **(فكـذا)** هي هبة **(في الجـديد)** لحـديث الصحيحين[1] (العُمْرَى مِيرَاثٌ لأَهلِها»وليس في جعلها له مدّة حياته ما ينافي انتقالها إلى ورثته، فإن الأملاك كلها مقدرة بحياته والقديم بطلانه كما لو قال: أعمرتك سنة **(و)** على الجديد **(لو قال)** مع قوله أعمرتكهـا : **(فإذا مت عـادت إليّ)** أو إلى وارثي **(فكذا)** هي هبـة وإعمار صحيح **(في الأصحّ)** وبه قطع الأكثرون كما في الرّوضـة ويلغو ذكـر الشرط لإطـلاق الأحاديث الصحيحة . فإن قيل : هذا شرط فاسد فهـلا بطلت العمـرى كالبيـع . أجيب بأن شروط البيع تقابل ببعض الثمن ، فإذا بطلت يسقط ما يقابلها فيصير الثمن مجهـولاً فيبطل ، والعمرى لا ثمن فيها فلذلك صحت ، وبأن هذا الشرط يقتضي فسخـاً منتظراً ولا يضـرّ الهبة بدليل هبة الأب لابنه ويضـرّ البيع . قـال السبكي : وقضية الجـواب الأوّل أنه لـو قيد الهبـة بالشرط المذكور صحت كالعمرى وهو كذلك .

فـائـدة : قال البلقيني : ليس لنـا موضـع يصح فيـه العقد مـع وجود الشـرط الفـاسـد المنافي لمقتضاه إلا هذا . والثاني : يبطل العقد لفساد الشرط ، وعلى القديم يبطل من باب أولى كما ذكره في المحرّر .

تنبيه : قد يقتضي كلام المصنف أنه لو قال جعلتها لك عمري أو عمر زيد فإنه يبـطل وهو الأصح لخروجه عن اللفظ المعتاد لما فيـه من تأقيت الملك ، فـإن الواهب أو زيـداً قد يموت أوّلاً بخلاف العكس ، فإن الإنسان لا يملك إلا مدّة حياته فكأن لا توقيت ، ولا يصحّ تعليق العمرى كإذا مت أو جـاء فلان أو رأس الشهـر فهذه الـدار لك عمـرك ، فلو قال : إن مت فهي لك عمرك فوصية يعتبر خروجها من الثلث **(ولو قال : أرقبتك)** هذه الدار مثـلاً **(أو**

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٢٨٢ في الهبة «١٦٢٥» .
وأخرجه مسلم ٣/١٢٤٦ في الهبات «٢٥/١٦٢٥» .
وأخرجه أبو داود ٣/٢٩٤ في البيوع «٣٥٥٠» .
وأخرجه النسائي ٦/٢٧٧ في العمرى .

جَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَىٰ : أَيْ إِنْ مُتُّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِنْ مُتُّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّتْ لَكَ فَالمَذْهَبُ طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ الجَدِيدِ وَالْقَدِيم ، وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ هِبَتُهُ ، وَمَا لاَ كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالّ فَلاَ إلاَّ حَبَّتَيْ

جعلتها لك رقبى) وفسر المصنف مدّة طول ذلك بقوله **(أي إن مت قبلي عادت إليّ ، وإن مت قبلك استقرّت لك فالمذهب طرد القولين الجديد)** وهو الصحة ويلغو الشرط **(والقديم)** وهو عدم الصحة ، ومقابل المذهب القطع بالبطلان ، ولا يحتاج للتفسير في عقد الرقبى بل يكفي الاقتصار على أرقبتك . نعم إن عقدها بلفظ الهبة كوهبتها لك عمرك احتيج للتفسير المذكور ، والعمرى والرّقبى كانا عقدين في الجاهلية في عطيتين مخصوصتين ، فالعمرى من العمر ؛ لأنه يجعلها عمره ، والرقبى من الرّقوب ؛ لأن كلّ واحد منهما يرقب موت صاحبه . قال السبكي : وصحة العمرى والرّقبى بعيد عن القياس . لكن الحديث مقدّم على كلّ أصل وكل قياس ، وقد ورد فيهما أمر ونهي ، فلو قيل بتحريمهما للنهي وصحتهما للحديث ، كما قلنا في طلاق الحائض لم يبعد وبسط ذلك ، ولا بدّ في الرّقبى من القبول والقبض كما مر في العمرى ، ولو جعل رجلان كل منهما داره للآخر رقبى على أن من مات قبل الآخر عادت للآخر فرقبى من الجانبين . ثم شرع في الركن الثالث ضابطاً له بضابط ، فقال **(و)** كل **(ما جاز بيعه جاز هبته)** بالأولى ؛ لأن بابها أوسع . فإن قيل : لمَ حذف المصنف التاء من جاز هبته ؟ . أجيب بأن تأنيث الهبة غير حقيقي أو لمشاكلة جاز بيعه .

تنبيه : يستثنى من هذا الضابط مسائل : منها الجارية المرهونة إذا استولدها الراهن أو أعتقها ، وهو معسر فإنه يجوز بيعها للضرورة ، ولا يجوز هبتها لا من المرتهن ولا من غيره . ومنها بيع الموصوف سلماً في الذمة جائز ، ويمتنع هبته كوهبتك ديناراً في ذمّتي ثم يعينه في المجلس . ومنها المكاتب يصح بيعه ما في يده ولا تصحّ هبته . ومنها القيم والوصي على مال الطفل يصحّ منهما بيع ماله لا هبته . ومنها هبة المنافع فإنها تباع بالإجارة ، وفي هبتها وجهان : أحدهما أنها ليست بتمليك بناء على أن ما وعب منافعه عارية وهو ما جزم به الماوردي وغيره ورجحه الزركشي . والثاني : أنها تمليك بناء على أن ما وهب منافعه أمانة ، وهو ما رجحه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما وهو الظاهر **(و)** كل **(ما لا)** يجوز بيعه **(كمجهول ومغصوب)** لغير قادر على انتزاعه **(وضال)** وآبق ، **(فلا)** تجوز هبته بجامع أنها تمليك في الحياة .

تنبيه : يستثنى من هذا الضابط مسائل : منها ما استثناه المصنف بقوله **(إلا حبتي**

حِنْطَةٍ وَنَحْوِهِمَا ، وَهِبَـةُ الدَّيْنِ لِلْمَـدِينِ إبْراءٌ ، وَلِغَيْـرِهِ

حنطة ونحوهمـا) من المحقرات كشعيـر ، فإنهمـا لا يجوز بيعهمـا كما مـرّ في البيع وتجـوز هبتهما لانتفاء المقابل فيهما ، وهذا الاستثناء مما زاده على المحرّر ولم يذكره في الرّوضة . وقـال ابن النقيب : إنه سبق قلم ، ففي الـرافعي في تعريف اللقـطة أن مـا لا يتمـوّل كحبـة حنـطة وزبيبة لا يبـاع ولا يوهب . لكن قـال الأذرعي : وغيره إن الصحيـح المختـار مـا في المتن وهو كذلك . ومنها إذا لم تعلم الورثة مقدار ما لكـل منهم من الإرث ، كما لـو خلف ولدين أحدهما خنثى . وقد ذكر الرافعي في الفرائض أنه لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساو أو تفاوت جاز . قال الإمـام : ولا بدّ أن يجـري بينهم تواهب ، وهـذا التواهب لا يكـون إلا عن جهالـة ولكنها تحتمـل للضرورة . ومنهـا مـا إذا اختلط حمـام بـرجين فـوهب صـاحب أحدهمـا نصيبه لـلآخر فـإنه يصـح على الصحيح وإن كـان مجهول القـدر والصفة للضرورة ، ومثل ذلك ما لو اختلطت حنطته بحنطة غيـره ، أو مائعـه بمائـع غيره ، أو ثمـرته بثمرة غيره. ومنها ما لو قال: أنت في حلّ مما تأخذ من مالي أو تعطي أو تأكل فإنه يجوز له الأكل دون الأخذ والإعـطاء ؛ لأن الأكل إبـاحة ، وهي تصـح مجهولـة بخلافهمـا . ومنها صوف الشاة المجعولة أضحية ولبنها كما قاله الروياني . ومنهـا الطعـام المغنوم من دار الحـرب تجوز هبتـه للمسلمين بعضهم من بعض ما دامـوا في دار الحرب ، كمـا يجـوز لهم أكله هنـاك ، ولا يصح لهم تبـايعه ، قـالـه الـزركشي ، وهـذه في الحقيقـة لا تستثنى ؛ لأن الآخذ لا يملك المأخوذ حتى يملكه لغيره ، وإنما هو مباح للغانم غير مملوك . ومنهـا الثمار قبل بدوّ الصلاح تجوز هبتها من غير شرط القطع ، بخلاف البيع ، وكذا الزرع الأخضـر قبل اشتداد الحب . ومنها ما لو وهب الأرض مـع بذر أو زرع لا يفـرد بالعقـد ، فإن الهبـة تصح في الأرض وتفـرّق الصفقة هنـا على الأرجح ، والجهـالة في البـذر لا تضرّ في الأرض إذ لا ثمن ولا تـوزيع . ومنهـا ما لـو باع المتحجـر مـا تحجـره لم يصـح على الأصـح ؛ لأن حق التملك لا يباع وتجوز هبته ، قاله الدارمي : ولو وهب مرهـوناً أو كلبـاً ولو معلمـاً ، أو خمراً ولو محترمة ، أو جلد ميتة قبل الدباغ ، أو دهناً نجساً لم يصح كالبيع ، وما قاله في الروضـة في بـاب الأواني من أن جلد الميتة قبـل الدبـاغ تصح هبتـه محمول على نقـل اليـد لا على التمليك كما صرّح هنا بأن هبته لا تصح **(وهبة الـدين للمدين إبـراء)** له منـه لا يحتاج قبـولاً نظراً للمعنى .

تنبيه : قضية كلام المصنف أن هبة الدين صريح في الإبراء وهو كـذلك وإن قـال في الذخائر : إنه كناية ، وترك الدين للمدين كنايـة إبراء **(و)** هبتـه **(لغيره)** وهـو من لا دين عليه

بَاطِلَةٌ فِي الأَصَحِّ ، وَلَا يُمْلَكُ مَوْهُوبٌ إِلَّا بِقَبْضٍ بِإِذْنِ الْوَاهِبِ ،

(باطلة في الأصح) وعبر في الروضة بالمذهب ؛ لأنه غير مقدور على تسليمه وإنما يقبض من الديون عين لا دين ، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه . والثاني : صحيحة ونقل عن نص الأمّ وصححه جمع تبعاً للنص كما مرّ في بيعه على ما صححه في الروضة قيل بل أولى ، ووجه الأوّل وهو المعتمد أن هبة ما في الذمة غير صحيح ، بخلاف بيع ما في الذمة فإنه يصح ، ولهذا لم يختلف ترجيح الشيخين في بطلان هبة الدين لغير من هو عليه ، واختلف في ترجيح البيع له ، وعلى هذا يستثنى من طرد القاعدة ؛ لأنه يجوز بيعه ولا تجوز هبته .

فرع : تمليك المسكين الدين الذي عليه أو على غيره عن الزكاة لا يصح ؛ لأن ذلك فيما عليه إبدال وهو لا يجوز ، وفيما على غيره تمليك وهو لا يجوز أيضاً **(ولا يملك موهوب)** بالهبة الصحيحة غير الضمنية وذات الثواب الشاملة للهدية والصدقة **(إلا بقبض)** ، فلا يملك بالعقد لما روى الحاكم في صحيحه «أَنَّهُ ﷺ أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِيِّ ثَلَاثِينَ أُوْقِيَّةٍ مِسْكاً ثُمَّ قَالَ لِأُمِّ سَلَمَةَ إِنِّي لأَرَى النَّجَاشِيَّ قَدْ مَاتَ وَلَا أَرَى الهَدِيَّةَ الَّتِي قَدْ أُهْدِيَتْ إِلَيْهِ إلا تُسْتَرَدُّ فَإِذَا رُدَّتْ إِلَيَّ فَهِيَ لَكِ فَكَانَ كَذَلِكَ» ؛ لأنه عقد إرفاق كالقرض فلا يملك إلا بالقبض ، وخرج بالصحيحة الفاسدة ، فلا تملك بالقبض والمقبوض بها غير مضمون كالهبة الصحيحة إذ الأصل أن فاسد كل عقد كصحيحه ، وبغير الضمنية الضمنية ، كما لو قال : أعتق عبدك عني مجاناً ، فإنه يعتق عنه ويسقط القبض في هذه الصورة كما يسقط القبول إذا كان التماس العتق بعوض كما ذكروه في باب الكفارة ، وبغير ذات الثواب ذاته ، فإنه إذا سلم الثواب آستقلّ بالقبض ؛ لأنها بيع .

تنبيه : شمل كلامه هبة الأب لابنه الصغير أنها لا تملك إلا بالقبض وهو كذلك كما هو مقتضى كلامهم في البيع ونحوه خلافاً لما حكاه ابن عبر البرّ ، ولا بدّ أن يكون القبض **(بإذن الواهب)** فيه إن لم يقبضه الواهب سواء أكان في يد المتهب أم لا ، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده ، ولا بدّ من إمكان السير إليه إن كان غائباً ، وقد سبق بيان القبض في باب البيع قبل قبضه ، إلا أنه لا يكفي الإتلاف ولا الوضع بين يديه بغير إذنه ؛ لأنه غير مستحق القبض ، فإن أذن له في الأكل أو العتق عنه فأكله أو أعتقه كان قبضاً ، بخلاف البيع والزيادة الحادثة من الموهوب

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ الْهِبَةِ وَالْقَبْضِ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، وَقِيلَ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ ، وَيُسَنُّ لِلْوَالِدِ الْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ بِأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَىٰ

قبل قبضه للواهب لبقائه عن ملكه وقبض المشاع بقبض الجميع منقولاً كان أو غيره ، فإن كان منقولاً ومنع من القبض شريكه ووكله الموهوب له في قبض نصيبه صح ، فإن لم يوكله الموهوب له قبض له الحاكم ويكون في يده لهما ، ويصح بيع الواهب للموهوب قبل قبضه وإن ظن لزوم الهبة بالعقد ، وليس الإقرار بالهبة ولو مع الملك إقراراً بقبض الموهوب لجواز أن يعتقد لزومها بالعقد ، والإقرار يحمل على اليقين إلا إن قال : وهبته له وخرجت منه إليه وكان في يد المتهب وإلا فلا ، وقوله : وهبته وأقبضته له إقرار بالهبة والقبض ، ولو اختلفا في الإذن في القبض صدق الواهب ، فإن اتفقا عليه وقال الواهب : رجعت قبل أن يقبضه وقال المتهب: بل بعده صدق المتهب بيمينه؛ لأن الأصل عدمه ولو أقبضه، وقال قصدت به الإيداع أو العارية وأنكر المتهب صدق الواهب كما في الاستقصاء (**فلو مات أحدهما**) أي الواهب أو الموهوب له (**بين الهبة والقبض**) لم ينفسخ العقد، و(**قام وارثه مقامه**) أي وارث الواهب في الإقباض والإذن في القبض ووارث المتهب في القبض (**وقيل: ينفسخ العقد**) لجوازه كالوكالة. وأجاب الأوّل: بأنها تؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع الجائز بخلاف الوكالة، ويجري الخلاف في الجنون والإغماء ويقبضان إذا أفاقا، ولوليّ المجنون قبضها قبل الإفاقة.

فرع : لو رجع الواهب الشامل للمهدي والمتصدّق أو وارثه في الإذن في القبض أو مات هو أو المتهب قبل القبض فيهما بطل الإذن فليس للرسول إيصال الهبة إلى المتهب أو وارثه إلا بإذن جديد . وينبغي كما قال الزركشي أن يكون جنون الواهب وإغماؤه والحجر عليه كذلك (**ويسنّ للوالد**) وإن علا (**العدل في عطية أولاده بأن يسوّي بين الذكر والأنثى**) لخبر الصحيحين عن النعمان بن بشير رضي الله تعالى عنهما أنه قال : «وَهَبَنِي أَبِي هِبَةً فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أُمَّ هَذَا أَعْجَبَهَا أَنْ أُشْهِدَكَ عَلَى الَّذِي وَهَبْتُ لِابْنِهَا ، فَقَال صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ : يَا بَشِيرُ أَلَكَ وَلَدٌ سِوَى هَذَا ؟ قَالَ : نعم ، قَالَ : كُلُّهُمْ وَهَبْتَ لَهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قَالَ : لَا ، قَالَ : فَارْجِعْهُ» وفي رواية البخاري «اتَّقُوا اللَّهَ

وَقيـلَ كَقِسْمَةِ الإِرْثِ ،

وَٱعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ»[1] وفي لفظ مسلم قال «فَأَشْهِـدْ عَلَى هَذَا غَيْـرِي» وفي لفظ لأحمد «لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرٍ إِنَّ لِبَنِيكَ مِنَ الحَقِّ أَنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُمْ» ولئلا يفضي بهم الأمر إلى العقوق أو التحاسد .

تنبيـه : قضية كلام المصنف أن تـرك هذا خـلاف الأولى ، والمجزوم بـه في الرافعي الكراهة وهو المعتمد ، بل قال ابن حبان في صحيحه : إن تـركه حـرام ، ويؤيده روايـة «لَا تُشْهِـدْنِي عَلَى جَوْرٍ» وأكثـر العلمـاء على أنـه لا يجب ، وحملوا الحـديث على الاستحبـاب لرواية «فَأَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي» ؛ ولأن الصدّيق رضي الله تعالى عنه فضل عـائشة رضي الله عنها على غيرها من أولاده ، وفضل عمـر رضي الله تعالى عنـه ابناً عـاصماً بشيء ، وفضـل عبـد الله بن عمر رضي الله تعـالى عنهمـا بعض ولـده على بعض **(وقيـل : كقسمـة الإرث)** فيضعف حظ الذكر كالميراث كما أعطاهم الله تعالى وهو خير الحاكمين . وأجـاب الأوّل بأن الوارث رضي بما فرض الله له بخلاف هذا ، بل قيل : إن الأولى أن تفضل الأنثى حكاه ابن جمـاعـة المقـدسي في شـرح المفتـاح ؛ ولأن الـذكـر والأنثى إنمـا يختلفـان في الميـراث بالعصوبة . فأما إذا كان بالرحم فهما سواء كالإخوة والأخـوات من الأمّ ، ولو كـان في أولاده خنثى فحكمه حكم الذكر لا الأنثى حتى يجري فيه الوجهـان قالـه في المجموع في نـواقض الوضوء . قال الزركشي : وهو خلاف قياس الميراث من وقف المشكوك فيه .

تنبيـه : محل الكراهة عند الاستواء في الحاجة أو عدمها وإلا فلا كراهة ، وعلى ذلك يحمل تفضيل الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيما مرّ ، ويستثنى العاق والفـاسق إذا علم أنه يصرفه في المعاصي فلا يكره حرمانه ، ويسنّ أيضاً أن يسوّي الولد إذا وهب لوالديـه شيئاً ، ويكره له ترك التسوية كما مرّ في الأولاد ، فإن فضل أحدهمـا فالأم أولى لخبـر «إِنَّ لَهَا ثُلُثَي البِرِّ» والإخوة ونحوهم لا يجري فيهم هذا الحكم ، ولا شك أن التسـوية بينهم مـطلوبة لكن دون طلبهـا في الأصـول والفـروع . روى البيهقي في الشعب عن سعيد بن العـاص رضي

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٢٥٠ في الهبة «٢٦٢٥».
وأخرجه مسلم ٣/١٢٤٢ في الهبات «١٣/١٦٢٣» .
وأخرجه أبو داود ٣/٢٩٢ في البيوع «٣٥٤٢» .
وأخرجه النسائي ٦/٢٥٨ في الهبة .
وأخرجه ابن ماجه ٢/٧٩٥ في الهبات «٢٣٧٥» .

وَلِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِي هِبَةِ وَلَدِهِ وَكَذَا لِسَائِرِ الْأُصُولِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَشَرْطُ رُجُوعِهِ بَقَاءُ الْمَوْهُوبِ فِي سَلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ

الله تعالى عنهما أن النبيّ ﷺ قال «حق كبير الإخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده» وفي رواية «الْأَكْبَرُ مِنَ الإِخْوَةِ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ» **(وللأب الرجوع)** على التراخي **(في هبة ولده)** الشاملة للهدية والصدقة وكذا لبعضها كما فهم بالأولى من دون حكم حاكم **(وكذا لسائر الأصول)** من الجهتين ولو مع اختلاف الدين **(على المشهور)** سواء أقبضها الولد أم لا ، غنياً كان أو فقيراً ، صغيراً أو كبيراً ، لخبر «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبُ هِبَةً فَيَرْجِع فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ» رواه الترمذي والحاكم وصححاه ، والوالد يشمل كل الأصول إن حمل اللفظ على حقيقته ومجازه وإلا ألحق به بقية الأصول بجامع أن لكل ولادة كما في النفقة وحصول العتق وسقوط القود . والثاني : لا رجوع لغير الأبّ مستدلاً بالحديث المتقدّم ، وقصر الوالد على الأب وعممه الأول ، وعبد الولد غير المكاتب كالولد ؛ لأن الهبة لعبد الولد هبة للولد بخلاف عبده المكاتب لأنه كالأجنبيّ . نعم إن آنفسخت الكتابة فقد بان بآخر الأمر أن الملك للولد فهو كهبة اثنين لولد تنازعا فيه ثم ألحق بأحدهما فإنه يرجع لثبوت بنوّته ، وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبيّ ، ولو وهب شيئاً لولده ثم مات ولم يرثه الولد لمانع قام به ، وإنما ورثه جدّ الولد لم يرجع في الهبة الجدّ الحائز للميراث ؛ لأن الحقوق لا تورث وحدها إنما تورث بتبعية المال وهو لا يرثه . ويكره للوالد أن يرجع في هبته لأولاده إن عدل بينهم إلا لمصلحة كأن يستعينوا بما أعطاه لهم على معصية وأصرّوا عليها بعد إنذاره لهم بالرجوع فلا يكره ، وهل يكره تخصيص البعض بالرجوع من غير سبب كالهبة أو لا ؟ لأن الخبر ورد في الإعطاء وجهان حكاهما في البحر : أوجههما الكراهة .

تنبيه : محل الرجوع فيما إذا كان الولد حرًّا . أما الهبة لولده الرّقيق فهبة لسيده كما علم مما مرّ ، ومحله أيضاً في هبة الأعيان . أما لو وهب ولده ديناً له عليه فلا رجوع له جزماً ، سواء أقلنا إنه تمليك أم إسقاط ، إذ لا بقاء للدين ، فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف **(وشرط رجوعه)** أي الأب أو أحد سائر الأصول **(بقاء الموهوب في سلطنة)** أي ولاية **(المتهب)** وهو الولد ، ويدخل في السلطنة ما لو أبق الموهوب أو غصب فيثبت الرجوع فيهما ، ويخرج بها ما لو جنى الموهوب أو أفلس المتهب وحجر عليه فيمتنع الرجوع فيهما . نعم إن قال : أنا أؤدّي أرش الجناية وأرجع مكن في الأصح . فإن قيل : سيأتي أنه

فَيَمْتَنِعُ بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ ،لاَ بِرَهْنِهِ وهِبَتِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وتَعْلِيقِ عِتْقِهِ وتَزْوِيجِهَا وزِرَاعَتِهَا ، وكَذَا الإِجَارَةُ عَلَى المَذْهَبِ ،

لو رهنه وقبضه المرتهن وقال : أنا أبذل قيمته وأرجع لم يمكن ، فهلا كان هنا كذلك ؟. أجيب بأنه لا يؤمن من خروج دراهمه مستحقة فيفوت الرهن ؛ لأنه فسخ العقد ولا يقع موقوفاً ، بخلاف بذل الأرش ؛ لأنه ليس بعقد فجاز أن يقع موقوفاً ، فإن سلم ما بذله وإلا رجع إليه ، وأيضاً لما في الرّجوع بعد الرّهن من إبطال تصرّف المتهب . نعم له أن يفديه بكل الدين ؛ لأن له أن يقضي دين الأجنبيّ لكن بشرط رضا الغريم ، وخرج بحجر الفلس : حجر السفه فلا يمنع الرّجوع ؛ لأنه لم يتعلق به حق غيره ، ويمتنع أيضاً الرجوع في صور ذكر المصنف بعضها في قوله (**فيمتنع**) الرجوع في الموهوب بزوال السلطنة ، سواء أزالت بزوال ملكه عنه (**ببيعه**) كله (**ووقفه**) وعتقه ونحو ذلك أم لا ، كأن كاتب الموهوب أو استولد الأمة . أما لو خرج عن ملكه بعضه فله الرجوع في الباقي .

تنبيه : قضية كلامهم امتناع الرجوع بالبيع وإن كان البيع من أبيه الواهب ، وهو كما قال شيخنا ظاهر (**لا برهنه و**) لا (**هبته قبل القبض**) فيهما لبقاء السلطنة ، وقياس هذا أنه لو باعه بشرط الخيار له أو لهما ثبوت الرجوع لبقاء سلطنته ؛ لأن الملك له وهو ظاهر . وأما بعد القبض فلا رجوع له لزوالها (و) لا (**تعليق عتقه**) ولا تدبيره (و) لا (**تزويجها**) الجارية (و) لا (**زراعتها**) أي الأرض فلا يمتنع الرجوع بكل منها لبقاء السلطنة (**وكذا الإجارة**) لا تمنع الرجوع (**على المذهب**) ؛ لأن العين باقية بحالها ومورد الإجارة المنفعة ، وعلى هذا فالإجارة بحالها يستوفي المستأجر المنفعة ، ومقابل المذهب قول الإمام إن لم يصح بيع المؤجر ففي الرجوع تردّد .

تنبيه : يستثنى من الرّجوع مع بقاء السلطنة ما إذا منع مانع من الرّجوع وذلك في صور . منها ما لو جنّ الأب فإنه لا يصح رجوعه حال جنونه ، ولا رجوع لوليه ، بل إذا أفاق كان له الرجوع ، ذكره القاضي أبو الطيب . ومنها ما لو أحرم والموهوب صيد فإنه لا يرجع في الحال؛ لأنه لا يجوز إثبات يده على الصيد في حال الإحرام. ومنها ما لو ارتدّ الوالد وفرّعنا على وقف ملكه فإنه لا يرجع لأن الرجوع لا يقبل الوقف كما لا يقبل التعليق، فلو حلّ : أي من إحرامه أو عاد إلى الإسلام والموهوب باق على ملك الولد رجع، ولو وهب لولده شيئاً ووهبه الولد لولده لم يرجع الأوّل في الأصح ؛ لأن الملك غير مستفاد منه، ولو باعه من ابنه أو انتقل بموته إليه لم يرجع الأب قطعاً؛ لأن ابنه لا رجوع له، فالأب أولى،

وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وعـادَ لَمْ يَرْجِـعْ في الأَصَحِّ ، وَلَـوْ زَادَ رَجَعَ فِيـهِ بِزِيَـادَتِهِ المُتَّصِلَةِ لَا المُنْفَصِلَةِ ،

ولو وهبه لولده فوهبه الـولد لأخيـه من أبيه، لم يثبت لـلأب الرجـوع؛ لأن الواهب لا يملك الرجوع فالأب أولى، ولو وهبه الولد لجدّه ثم الجدّ لولد ولده فالرجوْع للجدّ فقط (ولـو زال ملكه) أي الولد عن الموهوب (وعاد) إليه بإرث أم لا (لم يرجع) أي الأصل من الجهتين فيه (في الأصح)؛ لأن الملك غير مستفاد من الأصل حتى يرجع فيه، والثاني: يـرجع نـظراً إلى ملكه السابق.

تنبيـه : شمـل كلامـه ما لـو عاد ملك المـوهوب للولـد بالإقـالة والـردّ بالعيب ، وهـو كذلك ؛ لأن الملك قد زال عنه ثم عاد إليه . نعم يستثنى من ذلك ما لو وهب له عصيـراً ثم تخمـر ثم تخلل ، فله الـرجـوع على المـذهب ؛ لأن الملك الكـائن في الخـلّ سببــه ملك العصير ، وما لو كاتبه ثم عجز فله الرجوع ، وآستثنى الدميري ما لو وهبه صيداً فأحرم الـولد ولم يرسله ثم تحلل ، وهذا ممنوع ؛ لأن ملك الولد قد زال عنه بالإحرام ولم يعد بالتحلل ، فإنه يجب عليه إرساله بعد التحلل على الأصحّ المنصوص ، ولـو زرع الولـد الحبّ أو فرخ البيض لم يـرجع الأصـل فيه كمـا جـزم بـه ابن المقـري وإن جـزم البلقيني بخـلافـه ؛ لأن الموهوب صار مستهلكاً (ولـو زاد) الموهـوب (رجع) الأصـل (فيه بـزيادتـه المتصلة) كسمن وحرث أرض لزراعة ؛ لأنها تتبع الأصل .

تنبيـه : يستثنى من إطلاقه صورتان : الأولى : ما لو وهب أمة أو بهيمة حائلاً ثم رجع فيها وهي حامل لم يرجع إلا في الأمّ دون الحمل بناء على أن الحمل يعلم ، وهو الأصح ، ويـرجع في الأمّ ، ولـو قبل الـوضع في أحـد وجهين صححه القـاضيْ ، وهو المعتمـد كمـا أجاب به ابن الصباغ وغيره . الثانية : ما لو وهبه نخلاً فأطلعت ثمراً غيـر مؤبر ، فـلا يرجـع فيه على المذهب ؛ لأنه لا معاوضة ولا تراض كالصداق قاله الحـاوي في باب بيـع الأصول والثمار ، لكن في الرّوضة في التفليس عن الشيخ أبي حامد مـا يقتضي ترجيـح التبعية : أي تبعية الطلع واقتصر عليه ، والأوّل أوجه قياسـاً على الحمل (لا) الـزيادة (المنفصلة) كـالولـد الحـادث والكسب فلا يـرجع الأصـل فيها بـل تبقى للمتهب لحدوثـه على ملكـه ، بخـلاف الحمل المقارن للهبة فإنه يرجع فيه وإن انفصل ؛ لأنه من جملة الموهوب ، ولو كان الحمل مقارناً للهبة ثم رجع في الأمّ فقط كان رجوعاً في الحمل أيضاً كما هـو ظاهـر كلامهم ، ولـو صبـغ الولـد الثوب أو قصـره أو طحن الحنطة أو نسـج الغزل شـارك والده بعـد الرجـوع في الثوب بما زاد على قيمته ، فإن لم تزد فلا شركة .

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ بِرَجِعْتُ فِيمَا وَهَبْتُ أَوِ اسْتَرْجَعْتُهُ أَوْ رَدَدْتُهُ إِلَى مِلْكِي أَوْ نَقَضْتُ الْهِبَةَ ، لَا بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ ، وَهِبَتِهِ وإِعْتَاقِهِ وَوَطْئِهَا في الأَصَحِّ ،

تنبيه : قضية كلامه : أن الموهوب لو تعلم عند الولد صنعة فزادت قيمته يفوز بها الوالد ، وبه صرّحا هنا في الرّوضة وأصلها فذكرا من الزيادة المتصلة تعلم الحرفة وحرث الأرض ، لكن ذكرا في باب التفليس أن تعلم الحرفة كالعين ، وقضيته أن الولد يكون شريكاً فيها بما زاد كالقصارة ، وأجاب عن ذلك الزركشي بأن ما هنا تعلم لا معالجة للسيد فيه ، وما هناك تعلم فيه معالجة منه ، ولو رجع الأصل في الأرض التي وهبها للولد ، وقد غرس الولد ، أو بنى تخير الأصل بعد رجوعه في الغرس ، أو البناء بين قلعه بأرش نقصه ، أو تملكه بقيمته أو تبقيته بأجرة : كالعارية ، ولو نقص الموهوب رجع فيه من غير أرش نقص .

فرع : لو وهب لولده عيناً وأقبضه إياها في الصحة فشهدت بينة لباقي الورثة أن أباه رجع فيما وهبه له ولم تذكر ما رجع فيه لم تسمع شهادتها ولم تنزع العين منه لاحتمال أنها ليست من المرجوع فيه (**ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت أو استرجعته أو رددته إلى ملكي أو نقضت الهبة**) أو نحو ذلك ، كأبطلتها وفسختها ، وكل هذه صرائح ، ويحصل بالكناية مع النية كأخذته وقبضته ، وكل ما يحصل به رجوع البائع بعد فلس المشتري يحصل به الرجوع هنا .

تنبيه : الموهوب بعد الرجوع فيه من غير استرداد له أمانة في يد الولد بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع ؛ لأن المشتري أخذه بحكم الضمان ، ولا يصح الرجوع إلا منجزاً ، فلو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت لم يصح ؛ لأن الفسوخ لا تقبل التعليق كالعقود ، و(**لا**) يحصل الرجوع (**ببيعه**) أي ما وهبه الأصل لولده (**و**) لا (**وقفه و**) لا (**هبته و**) لا (**إعتاقه و**) لا (**وطئها**) لكمال ملك الولد ونفوذ تصرّفه ، فلا يؤثر فيه ما ذكر ، وقوله : (**في الأصح**) راجع للخمس صور . والثاني : يحصل الرجوع بكل منها كما يحصل به من البائع في زمن الخيار ، وفرق الأوّل بأن الملك هناك ضعيف بخلاف ما نحن فيه ، وعلى الأوّل يلزم الوالد بالإتلاف والاستيلاد القيمة وبالوطء المهر ، وتلغو البقية ، وتحرم به الأمة على الولد ؛ لأنها موطوءة والده ، وتحرم موطوءة الولد التي وطئها الوالد عليهما معاً كما سيأتي إن شاء الله تعالى في موانع النكاح ، ولو تفاسخ المتواهبان الهبة أو تقايلا حيث لا رجوع لم تنفسخ كما جزم به صاحب الأنوار .

وَلَا رُجُوعَ لِغَيْرِ الأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ ، وَمَتَى وَهَبَ مُطْلَقاً فَلَا ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ ، وَكَذَا لِأَعْلَى مِنْهُ فِي الأَظْهَرِ ، وَلِنَظِيرِهِ عَلَى المَذْهَبِ ،

فروع : أحدها : لو باع الولد العين الموهوبة من أبيه ثم آدّعى الأب أنه رجع فيها قبل البيع لم يقبل إلا ببينة . ثانيها : لو جهز شخص ابنته بأمتعة لم تملكها إلا بإيجاب وقبول إن كانت بالغة ، ويصدق بيمينه أنه لم يملكها ، وكذا لو اشترى أمتعة بيتها لم تملكها بذلك ، بخلاف ما لو كانت صغيرة واشترى بنيتها فتملك بذلك ، ثم إن أنقذ الثمن بنية الرجوع رجع وإلا فلا . ثالثها : لو كان في يد الوالد عين وأقرّ بأنها في يده أمانة ، وهي ملك ولده ثم ادّعى بعد ذلك أن المقرّ به كان هبة منه وأنه رجع فيه وكذبه الولد صدّق عند الأكثرين ولا رجوع للأب ، والمعتمد ما أفتى به القضاة الثلاثة : أبو الطيب ، والماوردي ، والهروي من أن الأب هو المصدّق بيمينه ، وصححه المصنف . رابعها : لو تصدّق على غيره بثوب فظنّ أنه أودعه أو أعاره له ملكه اعتباراً بنية الدافع ، فلو ردّه عليه المدفوع له لم يحل له أخذه لزوال ملكه عنه **(ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيدة بنفي الثواب)** أي العوض للحديث المارّ ؛ ولأنه بذل ماله مجاناً كالمتصدّق .

تنبيه : أفهم كلامه صحة الهبة إذا قيدت بنفي الثواب ، وهو الأصح ؛ لأنه حقه فله إسقاطه **(ومتى وهب)** شيئاً **(مطلقاً)** عن تقييده بثواب وعدمه **(فلا ثواب)** أي لا عوض **(إن وهب لدونه)** في المرتبة ، كالملك لرعيته ، والأستاذ لغلامه ، إذ لا تقتضيه لفظاً ولا عادة .

تنبيه : ألحق الماوردي بذلك سبعة أنواع : هبة الأهل والأقارب ؛ لأن القصد الصلة ، وهبة العدوّ ؛ لأن القصد التآلف ، وهبة الغنيّ للفقير لأن المقصود نفعه ، والهبة للعلماء والزهاد ؛ لأن القصد القربة والتبرّك ، وهبة المكلف لغيره لعدم صحة الاعتياض منه ، والهبة للأصدقاء والإخوان لأن القصد تأكد المودّة ، والهبة لمن أعان بجاهه أو ماله ؛ لأن المقصود مكافأته ، وزاد الدارمي هدية المتعلم لمعلمه ، وهو داخل في عموم كلام الماوردي **(وكذا)** إن وهب مطلقاً الدون **(لأعلى منه)** كهبة الغلام لأستاذه ، فلا ثواب **(في الأظهر)** كما لو أعاره داراً لا يلزمه شيء إلحاقاً للأعيان بالمنافع . والثاني يجب الثواب لاطراد العادة بذلك **(و)** كذا إن وهب مطلقاً **(لنظيره)** فلا ثواب أيضاً **(على المذهب)** المقطوع به ؛ لأن القصد من مثله : الصلة وتأكد الصداقة ، والطريق الثاني طرد القولين السابقين ، والهدايا في ذلك كالهبة كما قاله المصنف تفقهاً ، ونقله في الكفاية عن تصريح

فَإِنْ وَجَبَ فَهُوَ قِيمَةُ الْمَوْهُوبِ فِي الأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُثِبْهُ فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ الْعَقْدِ ،وَيَكُونُ بَيْعاً عَلَى الصَّحِيحِ ، أَوْ مَجْهُولٍ فَالْمَذْهَبُ بُطْلاَنُهُ ، وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ كَقُوصَرَّةِ تَمْرٍ فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضاً ، وَإِلاَّ

البندنيجي . وأما الصدقة فثوابها عند الله تعالى فلا يجب العوض فيها مطلقاً . قال في زيادة الرّوضة : ونقل عن تصريح البغوي وغيره (**فإن وجب**) في الهبة مطلقاً ثواب على المرجوح وهو مقابل الأظهر (**فهو قيمة الموهوب**) أي قدرها (**في الأصحّ**) ؛ لأن العقد إذا اقتضى العوض ولم يسمّ فيه شيء تجب فيه القيمة ، وعلى هذا ، فالأصح اعتبار قيمة وقت القبض لا وقت الثواب ، والثاني : يلزمه ما يعدّ ثواباً لمثله عادة (**فإن لم يثبه**) هو ولا غيره (**فله**) أي الواهب (**الرّجوع**) في الموهوب إن بقي ، وببدله إن تلف ، ولو أهدى شخص لآخر على أن يقضي له حاجة أو يخدمه فلم يفعل وجب عليه ردّها إن بقيت وبدلها إن تلفت كما قاله الاصطخري (**ولو وهب**) شخصاً شيئاً (**بشرط ثواب معلوم**) عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبني كذا (**فالأظهر صحة**) هذا (**العقد**) نظراً للمعنى فإنه معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال بعتك . والثاني : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرّع (**ويكون بيعاً على الصحيح**) نظراً إلى المعنى ، فعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع من الشفعة والخيارين وغيرهما . قال في التنقيح بلا خلاف : وغلط الغزالي في إشارته إلى خلاف فيه اهـ وما صححاه في باب الخيار من أنه لا خيار في الهبة ذات الثواب مبنيّ على أنها ليست ببيع كما مرّت الإشارة إليه هناك . والثاني : يكون هبة نظراً إلى اللفظ فلا يلزم قبل القبض (**أو**) بشرط ثواب (**مجهول**) كوهبتك هذا العبد بثوب (**فالمذهب بطلانه**) أي العقد لتعذر صحته بيعاً لجهالة العوض ولتعذر صحته هبة لذكر الثواب بناء على أنها لا تقتضيه ، وقيل : يصحّ هبة بناء على أنها تقتضيه .

تنبيه : لو قال المتهب للواهب : وهبتني بلا ثواب ، وقال الواهب : بل بثواب صدّق المتهب ؛ لأنهما اتفقا على أنه ملكه ، والأصل عدم ذكر البدل (**ولو بعث**) شخص لآخر (**هدية في ظرف**) وهو الوعاء (**فإن لم تجر العادة بردّه كقوصرة تمر**) وهي بتشديد الرّاء على الأفصح : وعاء التمر ، ولا تسمى بذلك إلا وفيها التمر وإلا فهي زنبيل (**فهو**) أي الظرف (**هدية أيضاً**) تحكيماً للعرف المطرد ، ومثله علب الحلواء والفاكهة ونحوهما (**وإلا**) بأن

فَلَا ، وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُـهُ إِلاَّ فِي أَكْلِ الهَـدِيَّةِ مِنْـهُ إِنِ اقْتَضَتْهُ الْعَادَةُ .

جرت العادة بردّ الظرف أو اضطربت كما هو قضية كلام ابن المقري.(فلا) يكون هدية بل أمانة في يده كالوديعة . قال الأذرعي : ويشبه أن تختلف العادة في رد الظروف باختلاف طبقات الناس وعادة البلاد وما يحمل منها إلى البلاد البعيدة دون مهاداة أهل البلد ، وكذا الإهداء إلى الملوك ، ولا سيما ما يحمل إليهم من النواحي البعيدة ، فإن العادة أن لا ترد ظروفه . والحاصل أنه يعتبر في كل ناحية عرفها ، وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم .

تنبيه : ألحق المتولي بذلك الكتاب الذي يكتبه الإنسان لصاحبه : أي سواء كان غائباً أم حاضراً ، فإن المكتوب إليه يملكه ، فإنه هدية إلا أن يكتب فيه أن اكتب لي الجواب على ظهره ، فإنه لا يملكه ويلزمه ردّه إليه (و) إذا لم يكن الظرف هدية **(يحرم استعماله)** لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه **(إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة)** عملاً بها ، ويكون عارية حينئذ . قال القاضي : ويستحب له ردّه حالاً لخبر «اسْتَبِقُوا الهَدَايَا بِرَدِّ الظُّرُوفِ». قال الأذرعي : والاستحباب المذكور حسن ، وفي جواز حبسه بعد تفريغه نظر إلا أن يعلم رضا المهدي به ، وهل يكون إبقاؤها فيه مع إمكان تفريغه على العادة مضمناً ؛ لأنه استعمال غير مأذون فيه لا لفظاً ولا عرفاً أم لا ؟ وفي كلام القاضي ما يفهم الأوّل وهو محل نظر . وأما الخبر المذكور فلا أعرف له أصلاً ، ولو خلص شخص آخر من يد ظالم ثم أنفذ إليه شيئاً هل يكون رشوة أو هدية . قال القفال في فتاويه : ينظر إن كان أهدى إليه مخافة أنه ربما لو لم يبره بشيء لنقض جميع ما فعله كان رشوة ، وإن كان يأمن خيانته بأن لا ينقض ذلك بحال كان هبة .

خاتمة : أفضل البر برّ الوالدين بالإحسان إليهما وفعل ما يسرهما من الطاعة لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه قال تعالى ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾ [الإسراء : ٢٣] ومن برّهما الإحسان إلى صديقهما ، لخبر مسلم «إنَّ مِنْ أَبَرِّ البِرِّ أَنْ يَصِلَ الرَّجُلُ أَهْلَ وُدِّ أَبِيهِ»[1] ومن الكبائر عقوق كل منهما وهو أن يؤذيه أذى ليس بالهين ما لم يكن ما أذاه به واجباً . قال الغزالي : وإذا كان في مال أحد أبويه شبهة ودعاه للأكل منه فليتلطف في الامتناع ، فإن عجز فليأكل ويقلل بتصغير اللقمة وتطويل المضغة . قال : وكذا إذا ألبسه ثوباً من شبهة وكان يتأذى بردّه فليقبله وليلبسه بين يديه وينزعه إذا غاب ، ويجتهد أن لا يصلي فيه إلا

---

(١) أخرجه مسلم ١٩٧٩/٤ (٢٥٥٢/١٣) .

بحضرته . وصله القرابة ، وهي فعلك مع قريبك ما تعدّ به واصلاً مأمور بها وتحصل بالمال وقضاء الحوائج والزيارة والمكاتبة والمراسلة بالسلام ونحو ذلك ، ويتأكد استحباب وفاء العهد كما يتأكد كراهة إخلافه ، ويكره للإنسان أن يشتري ما وهبه من الموهوب له . قال في الإحياء : لو طلب إنسان من غيره أن يهبه مالاً في ملأ من الناس فآستحيا منهم ، ولو كان في خلوة ما أعطاه له فوهبه منه على ذلك لم يحل كالمصادر ، وكذا كل من وهب له شيء لاتقاء شرّه أو سعايته . قال البيهقي في شعبه عن عمار بن ياسر كان النبي ﷺ «لَا يَأْكُل مِنْ هَدِيَّة حَتَّى يَأْمُرَ صَاحِبَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا لِلشَّاةِ الَّتِي أُهْدِيَتْ إِلَيْهِ يَعْنِي المَسْمُومَةَ بِخَيْبَرَ» وهذا أصل لما يفعله الملوك في ذلك ويلحق بهم من في معناهم . فإن قيل : كيف كان النبي ﷺ يفعل ذلك ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾ [المائدة : ٧] ؟. أجيب بأن ذلك كان قبل نزول الآية ، أو أن العصمة لا تنافي تعاطي الأسباب ، كما أن إخباره تعالى بأنه يظهره على الدين كله لا ينافي جهاده وأمره بالقتال ، فمن تمام التوكل كما قاله بعض السلف سلوك الأسباب والاعتماد على ربّ الأرباب .

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

بضم اللام وفتح القاف . وحكى ابن مالـك فيها أربـع لغات ، لقـاطة ، ولقـطة بضم اللام وسكون القاف ، ولقطة بضم اللام وفتح القـاف ، ولقط بفتح الـلام والقاف بـلا هاء ، ونظمها في بيت ، فقال :

لُـقَـاطَـةٌ ولُـقْـطَةٌ وَلُـقَطَهْ ... وَلَـقَطٌ مَا لاقِـطٌ قَـدْ لَـقَـطَهْ

ويقـال اللقطة بفتـح القـاف اسم للملتقط بكسـرهـا أيضـاً ، وهي لغـة مـا وجـد على تطلب . قال تعالى ﴿فَٱلْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص : ٨] . وشرعاً : ما وجد في موضع غير مملوك من مال أو مختص ضائع من مالكه بسقوط أو غفلة ونحوها لغير حربي[١] ليس بمحرز ولا ممتنع بقوّته ولا يعرف الواجد مالكه ، فخرج بغير المملوك مـا وجد في أرض مملوكـة ،

(١) اللقطة لغة : اسم لما يلقط ، وفيها أربع لغات ، نظمها شيخنا أبو عبد الله .بن مالك فقال :

لُـقَـاطَـةٌ ، ولُـقْـطَةٌ ، ولُـقَـطَه ... ولَـقَطٌ مَـا لاَقِطٌ قَـدْ لَـقَـطَه

فالثلاث الأول بضم اللام ، والرابعة بفتح اللام والقاف ، وروي عن الخليل : واللقطة ، بضم اللام وفتح القاف : الكثير الالتقاط ، وبسكون القاف : ما يلتقط ، وقال أبو منصور : وهو قياس اللغة ، لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل ، وبسكونها مفعول كَضُحَكَة للكثير الضحك ، وضُحْكَة لمن يضحك منه .

انظر : المغرب : ١٧٠/٢ ، القاموس المحيط : ٢٩٧/٢ .

واصطلاحاً :

عرّفها الحنفية بأنها : أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صـاحبها وهي الشيء الذي يجده ملقى ليأخذه أمانة . واللقطة مال معصوم عرض للضياع .

عرّفها المالكية بأنها : مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً أو فرساً .

عرّفها الحنابلة بأنها : المال الضائع من ربه يلتقطه غيره .

انظر : شرح فتح القدير لابن الهمام : ١١٨/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٣٤٨/٣ ، تبيين الحقـائق : ٣٠١/٣ ، نهاية المحتاج : ٤٢٦/٥ ، الشرقاوي على التحرير : ١٣٥/٢ ، جواهر الإكليل : ٢١٧/٢ ، حاشية الدسوقي : ١١٧/٤ ، الشرح الصغير : ٣٥٠/٣ ، المغني لابن قدامة : ٦٦٣/٥ ، كشف القناع : ٢٠٨/٤ - ٢٠٩ .

فإنه لمالك الأرض إن ادّعاه ، وإلا فلمن ملك منه ، وهكذا حتى ينتهي إلى المحيي ، فإن لم يدعه فحينئذ يكون لقطة ، وبسقوط أو غفلة ما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره مثلاً أو ألقى في حجره هارب كيساً ولم يعرفه فهو مال ضائع يحفظه ولا يتملكه وفرقوا بينها وبين المال الضائع ، بأن الضائع ما يكون محرزاً بحرز مثله كالموجود في مودع الحاكم وغيره من الأماكن المغلقة ولم يعرف مالكه ، واللقطة ما وجد ضائعاً بغير حرز ، وآشتراط الحرز فيه دونها إنما هو للغالب ، وإلا فمنه ما لا يكون محرزاً كما مرّ في إلقاء الهارب ، ومنها ما يكون محرزاً كما لو وجد درهماً في أرض مملوكة أو في بيته ولا يدري أهو له أو لمن دخل بيته ، فعليه كما قال القفال أن يعرّفه لمن يدخل بيته ، وبغير حربي ما وجد بدار الحرب وليس بها مسلم فهو غنيمة يخمس وليس لقطة ، وما خرج ببقية الحدّ واضح ، ودخل فيه صحة التقاط الهدي ، وفائدته جواز التصرف فيه بالنحر بعد التعريف والموقوف ، وفائدته تملك منافعه بعد التعريف . ويرد عليه ولد اللقطة فإنه ليس بضائع ، والرّكاز الذي هو دفين الإسلام يصح لقطه وليس مالاً ضائعاً والخمر غير المحترمة فيصح آلتقاطها ولا مال ولا اختصاص ، وإنما ذكر المصنف اللقطة بعد الهبة ؛ لأن كلًّا منهما تمليك بلا عوض ، وذكرهما في التنبيه بعد إحياء الموات ؛ لأن كلًّا منهما تمليك من الشارع ، ولو ذكرت عقب القرض لكان مناسباً ؛ لأنه يسلك بها مسلكه ، والشرع أقرضه الملتقطة . والأصل فيها قبل الإجماع الآيات الآمرة بالبر والإحسان إذ في أخذها للحفظ والردّ برّ وإحسان ، وخبر الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سئل عَنْ لُقَطَةِ الذَّهَبِ أَوْ الوَرِقِ، فَقَالَ : آعْرِفْ عِفَاصَهَا ووِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تعرِّفْها فَآسْتَنْفِقْهَا وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فَأَدِّهَا إِلَيْهِ وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا ، وَسُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الإِبلِ فَقَالَ ما لَكَ وَلَهَا دَعْهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا ، وَسُئِلَ عَنِ الشَّاةِ فَقَالَ : خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَو لِلذِّئْبِ»[1] وفي الالتقاط معنى الأمانة والولاية من حيث إن الملتقط أمين فيما التقطه ، والشرع ولاه حفظه كالولي في مال

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٩٦ في اللقطة «٢٤٢٧» .
وأخرجه مسلم ٣/١٣٤٦ في اللقطة «١/١٧٢٢» .
وأخرجه أبو داود ٢/١٣٥ في اللقطة «١٧٠٤» .
وأخرجه الترمذي ٣/٦٥٥ في الأحكام «١٣٧٢» .
وعزاه المزني في التحفة ٣/ ٢٣٠ للنسائي في الكبرى «٣٧٤٨» .
وأخرجه ابن ماجه ٢/٨٣٦ ـ ٨٣٧ في اللقطة «٢٥٠٤» .

يُسْتَحَبُّ الالْتِقَـاطُ لِوَاثِقٍ بِـأَمَانَـةِ نَفْسِهِ ، وَقِيـلَ يَجِبُ ، وَلَا يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَاثِقٍ ، وَيَجُوزُ فِي الأَصَحِّ ، وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ ، وَالمَـذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الإِشْهَـادُ عَلَى الالْتِقَاطِ ،

الطفل ، وفيه معنى الاكتساب من حيث إن له التملك بعد التعريف وهو المغلب ؛ لأنـه مآل الأمر . وأركانها ثلاثة : التقاط وملتقط بكسر القاف وملتقط بفتحهـا . وقد شـرع في الأوّل ، فقال : (**يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه**) وهو ظاهر نص المختصر لما فيه من البرّ ، وفي خبر مسلم «وَٱللَّهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا دَامَ العَبْـدُ فِي عَوْنِ أَخِيـهِ» ويكره تـركه كمـا قالـه المتولي وغيـره لئلا يقـع في يد خـائن ، وإنما لم تجب ؛ لأنهـا أمانـة أو كسب وكل منهمـا لا يجب ٱبتداء (**وقيل : يجب**) عليه ونص عليه في الأم والمختصر صيانـة للمال عن الضيـاع . وقال ابن سريج : إن غلب على ظنه ضياعه وجب وإلا فلا ، وحمل النصين على ذلك ، وٱختـاره السبكي . وقال : لا يتحقق القول بعدم الوجـوب في هذه الصـورة عن أحد والنقـل أمانـة ، فإنا لـو سئلنا عمن قـال به لم نجـد من ننقله عنه (**ولا يستحب**) الالتقـاط قطعـاً (**لغير واثق**) بأمانة نفسه في المستقبل وهو في الحال آمن خشية الضياع أو طروّ الخيانة (**و**) لكن (**يجـوز**) الالتقاط (**في الأصح**) ؛ لأن خيانته لم تتحقق والأصل عدمهـا ، وعليه الاحتـراز ، والثاني : لا يجوز خشية استهلاكها .

تنبيـه : أفهم كلامه كغيره حرمة الالتقاط لمن علم من نفسه الخيانـة ، وبه صـرّح ابن سراقة فقال : يحرم عليه أخذها ، وقد صرّحوا بـه في نظيـره من الوديعـة (**ويكره**) الالتقـاط تنزيهاً كما عزاه في الروضة وأصلها للجمهور (**لفاسق**) لئلا تدعوه نفسـه إلى الخيانـة ، وقيل تحريماً كما في البسيط . قال الرافعي : وهو شاذ أو مؤوّل . وٱعترض بأنه ظـاهر كـلام كثير من العراقيين (**والمذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقـاط**) كالـوديعة سـواء أكان لتملك أم حفظ كمـا يقتضيه كـلام الرافعي : لكن يسن ، وقيـل : يجب لحـديث أبي داود «مَنِ ٱلْتَقَطَ فَلْيُشْهِدْ ذَا أَوْ ذَوَي عَدْلٍ وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُغَيِّبْ»[1] وحمله الأوّل على الندب . والطريق الثـاني القـطع بأنـه لا يجب ، ويذكـر في الإشهاد بعض صفـات اللقطة ليكـون في الإشهاد فـائـدة وفائدتـه أنه ربمـا طمع فيهـا بعد ذلـك ، فإذا أشهـد أمن ، ولا يستوعبهـا لئلا يتـوصل إليهـا

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/١٣٦ في اللقطة «١٧٠٩» .
وعزاه المزني في التحفة ٨/٢٥٠ للنسائي «١٠١٣» .
وصححه ابن خزيمة وابن حبان أورده الهيثمي في موارد الظمآن ص ٢٨٤ في البيوع «١١٦٩» .

وَأَنَّهُ يَصِحُّ الْتِقَاطُ الْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالذِّمِّيِّ فِي دَارِ الإِسْلَامِ ، ثُمَّ الأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ الفَاسِقِ وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدْلٍ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَمَدُ تَعْرِيفُهُ ، بَلْ يُضَمُّ إِلَيْهِ رَقِيبٌ ،

كاذب ، بل يصفها للشهود بأوصاف يحصل بالإشهاد بها فائدة ، ويكره استيعابها كما ذكره القمولي عن الإمام ، وجزم به صاحب الأنوار .

تنبيه : محل استحباب الإشهاد إذا لم يكن السلطان ظالماً يخشى أنه إذا علم بها أخذها ، وإلا فيمتنع الإشهاد ، وكذا التعريف كما جزم به المصنف في نكت التنبيه ، ثم شرع في الركن الثاني والمغلب فيه الاكتساب لا الولاية ؛ لأنه مآل الأمر كما مر ، فقال **(و)** المذهب **(أنه يصح التقاط الفاسق)** والمرتدّ إن قلنا لا يزول ملكه وهو الأصح والسفيه **(والصبيّ)** والمجنون **(والذمي في دار الإسلام)** وفي معناه المستأمن والمعاهد كما بحثه الزركشي كاصطيادهم واحتطابهم وشرط الإمام في صحة التقاط الصبيّ التمييز . قال الأذرعي : ومثله المجنون ، والطريق الثاني تخريجه على أن المغلب في اللقطة الاكتساب فيصحّ ، أو الولاية والأمانة فلا يصحّ . قال الأذرعي : والمراد بالفاسق الذي يوجب فسقه حجراً عليه في ماله اهـ والظاهر أنه لا فرق . قال الزركشي : لا يقال إن مسألة الفاسق مكررة مع قوله قبله ويكره لفاسق . فإن المراد بالصحة هنا أن أحكام اللقطة هل تثبت له وإن منعناه الأخذ . أما التقاط الذمي بدار الكفار فلا يجري عليه حكمنا ، وخرج به الحربي يجدها في دار الإسلام فإنها تنزع منه بلا خلاف : أي ومن أخذها منه كان له تعريفها وتملكها كما هو ظاهر كلامهم ، وقيل : تكون غنيمة للمسلمين . قاله المحاملي . وأما المرتدّ فتردّ لقطته على الإمام وتكون فيئاً إن مات مرتداً فإن أسلم فحكمه كالمسلم **(ثم الأظهر أنه)** أي الملتقط **(ينزع)** أي ينزعه القاضي **(من الفاسق ويوضع عند عدل)** ؛ لأن مال ولده لا يقرّ في يده فكيف مال الأجانب ، والثاني : لا ؛ لأن له حقّ التملك : أي إن أمنت غائلته ، ولكن يضمّ إليه عدل مشرف ، وأجرة العدل على القولين في بيت المال كما في الأنوار تبعاً للدارمي ، فإن لم يكن فمن الواجد الفاسق **(و)** الأظهر **(أنه لا يعتمد تعريفه بل يضمّ إليه)** عدل **(رقيب)** خشية من التفريط في التعريف ، والثاني : يعتمد من غير رقيب ؛ لأنه الملتقط . قال في الكفاية : ومؤنة التعريف عليه على القولين ، وظاهر كلام الرافعي أن الفاسق يعرّف والعدل يراقبه ، وفي الكفاية عن الماوردي إن الأمين هو الذي يعرف ، وقال القاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهما يجتمعان على التعريف ، ويمكن حمل ذلك عليه ، وإذا تمّ التعريف فللملتقط التملك على كلّ قول . قال الماوردي : ويشهد عليه الحاكم

وَيَنْـزِعُ الْوَلِيُّ لُقَطَةَ الصَّبِيِّ وَيُعَرِّفُ وَيَتَمَلَّكُهَا لِلصَّبِيِّ إنْ رَأَى ذٰلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ الاِقْتِرَاضُ لَهُ ، وَيَضْمَنُ الْوَلِيُّ إنْ قَصَّرَ في انْتِزَاعِهِ حَتَّى تَلِفَ في يَدِ الصَّبِيِّ ، وَالأَظْهَرُ بُطْلاَنُ الْتِقَاطِ الْعَبْدِ

بغرمها إذا جاء صاحبها وإذا لم يتملكها تركت بيد الأمين .

تنبيه : آقتصار المصنف على الفاسق قد يوهم أنه لا ينزع من يد الذمي بل يقرّ في يده ، وليس مراداً ففي الروضة كأصلها إلحاقه بالفاسق ، ويلحق به أيضاً المرتدّ والمستأمن والمعاهد . قال الماوردي : ولو كان الملتقط أميناً لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها لم تنزع منه ، وعضده الحاكم بأمين يقوى به على الحفظ والتعريف **(وينزع الوليّ)** وجوباً **(لقطة الصبيّ)** والمجنون والسفيه لحقهم وحقّ المالك وتكون يده نائبة عنهم كما ناب عنهم في ما لهم **(ويعرف)**ـها الوليّ لا من مال الصبيّ والمجنون والسفيه بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف ، وهذا مستثنى من كون مؤنة التعريف على المتملك .

تنبيه : أفهم كلام المصنف أن تعريف الصبيّ لا يصحّ ، ومثله المجنون ، وأما السفيه فيصحّ تعريفه ، ولا بدّ من إذن وليه كما قال الزركشي **(ويتملكها للصبيّ)** ونحوه **(إن رأى ذلك)** مصلحة **(حيث يجوز الاقتراض له)** ؛ لأن التملك في معنى الاقتراض فإن لم يره مصلحة له حفظه أمانة أو دفعه إلى القاضي **(و)** على صحة التقاط الصبيّ والمجنون والسفيه **(يضمن الوليّ إن قصر في انتزاعه)** أي الملتقط **(حتى تلف في يد الصبيّ)** ومن ذكر معه أو أتلفه كلّ منهم لتقصيره كما لو قصر في حفظ ما آحتطبه . قال الزركشي : إلا أن يكون وليه الحاكم فالأشبه عدم ضمانه اهـ ، وفيه نظر فإن لم يقصر في انتزاعها ضمن الصبيّ ومن ذكر معه بالإتلاف لا بالتلف بلا تقصير ، ويعرف التالف المضمون ويتملك للصبيّ ونحوه القيمة بعد قبض الحاكم لها . أما ما في الذمة ، فلا يمكن تملكه لهم ولو لم يعلم بها الوليّ حتى بلغ الصبيّ أو أفاق المجنون أو رشد السفيه كان كما لو وجدها بعد زوال الحجر سواء استأذن الحاكم ، فأقرها في يده أم لا كما هو أحد احتمالين للصيمري يظهر ترجيحه **(والأظهر بطلان التقاط العبد)** إذا لم يأذن له فيه السيد ولم ينهه ؛ لأن اللقطة أمانة وولاية ابتداء وتمليك انتهاء ، وليس هو من أهلهما ، والثاني : صحته ويكون لسيده كآحتطابه واصطياده ، فإن أذن له كقوله متى وجدت لقطة فأتني بها صحّ جزماً ، وإن نهاه امتنع جزماً عند الاصطخري ، وقوّاه المصنف وطرد غيره فيه القولين ، والإذن في الاكتساب إذن في

وَلاَ يُعْتَدُّ بِتَعْرِيفِهِ فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ كانَ الْتِقَاطاً . قُلْتُ : الْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْتِقَاطِ الْمُكَاتَبِ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، وَهِيَ

الالتقاط في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما يؤخذ من كلام الزركشي ، ويستثنى من بطلان التقاط العبد نثار الوليمة فإنه يصحّ ، ويملكه سيده كما في الروضة آخر الوليمة ، وكذا الحقير كتمرة وزبيبة ، وهذا في الحقيقة لا يستثنى من اللقطة ؛ لأن هذا لا تعريف فيه ولا تملك ، فهو كالاحتطاب والاصطياد (و) على بطلان التقاطه (لا يعتدّ بتعريفه) ؛ لأنه غير ملتقط ويضمن الملتقط في رقبته ، وعلى صحة التقاطه يعتد بتعريفه ولو بغير إذن سيده في الأصحّ ، وليس له بعد التعريف أن يتملكه لنفسه بل يتملكه لسيده بإذنه ، ولا يصحّ بغير إذنه والمدبر ومعلق العتق ، وأمّ الولد كالقنّ إلا أن الضمان في أمّ الولد يتعلق بسيدها لا برقبتها علم سيدها أم لا (فإن أخذه) أي الملتقط (سيده) أو أجنبي (منه) أي العبد (كان التقاطاً) له ، وإن لم يأذن السيد للأجنبي ، ويسقط عن العبد الضمان ، وفي معنى أخذ السيد إقراره اللقطة في يد العبد إن كان أميناً إذ يده كيده ، فإن استحفظه وهو غير أمين أو أهمله تعلق الضمان بالعبد وسائر أموال السيد حتى لو هلك العبد لا يسقط الضمان ، ولو أفلس السيد قدم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء .

تنبيه : قوله أخذه سيده قد يفهم أنه لو أعتق العبد بعد أن التقط لا يأخذه منه ، وهو كذلك ، وللعتيق تملكها وكأنه التقط بعد الحرّية (قلت) كما قال الرّافعي في الشرح (المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة) كالحرّ ؛ لأنه مستقلّ بالملك والتصرّف فيعرّف ويتملك ، والقول الثاني : لا يصحّ لما فيه من التبرّع والحفظ ، وليس هو من أهله فهو كالقن لكن لا يأخذها السيد منه ، وإن أوهمته عبارة المصنف بل يأخذها القاضي ويحفظها إذ لا ولاية للسيد عليه والطريق الثاني القطع بالصحة كالحرّ ، وعلى الأوّل لو تملكها المكاتب بعد تعريفها ، فإن تلفت كان بدلها في كسبه ولا يقدم مالكها به على الغرماء في أحد وجهين استظهره شيخنا ، وينبغي جريانهما كما قال الزركشي في الحرّ المفلس أو الميت ، فلو عجز نفسه قبل تملك اللقطة لم يأخذها السيد ؛ لأن التقاط المكاتب لا يقع لسيده ولا ينصرف إليه ، وإن كان التقاطه اكتساباً ، لأن له يداً كالحرّ فليس للسيد ولا لغيره أخذها منه بل يحفظها الحاكم للمالك . أما المكاتب كتابة فاسدة فلا يصح التقاطه بغير إذن سيده كالقن (و) المذهب صحة التقاط (من بعضه حرّ) وبعضه رقيق ؛ لأنه كالحرّ في الملك والتصرّف والذمّة ، وقيل على القولين في القن (و) على الأوّل (هي) أي

لَـهُ وَلِسَيِّدِهِ ، فَـإِنْ كـانَتْ مُهَـايَـأَةٌ فَلِصَاحِبِ النَّوْبَـةِ فِي الأَظْهَرِ ، وَكَـذَا حُكْمُ سَائِـرِ النَّادِرِ مِنَ الأَكْسَـابِ وَالمُؤَنِ إلاّ أَرْشَ الجِنَايَةِ ، وَاللّهُ أَعْلَمُ .

فصـــل

الحَيَوَانُ المَمْلُوكُ المُمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ بِقُوَّةٍ كَبَعِيرٍ وَفَـرَسٍ أَوْ بِعَدْوٍ

اللقطة **(له ولسيده)** فيعرّفانها ويتملكانها . هذا إن لم تكن مهايأة **(فإن كانت مهايأة)** بالهمز : أي مناوبة **(فلصاحب النوبة في الأظهر)** بناء على دخول الكسب النادر في المهايأة ، وهو الأصحّ ، والثاني : تكون بينهما بناء على عدم دخوله فيها ، فعلى الأظهر من وقعت في نوبته عرّفها وتملكها ، والاعتبار بوقت الالتقاط على الأصحّ .

تنبيه : هل يحتاج إلى إذن السيد فيما إذا كانت مهايأة وفيما إذا لم تكن مهايأة أو لا ؟ لم أرَ من تعرّض لذلك ، وظاهر كلامهم أنه في نوبة سيده كالقن أنه لا بدّ من إذنه . وأما في نوبة نفسه فهو كالحرّ . وأما إذا لم تكن مهايأة فيظهر من كلامهم أنه لا يحتاج إلى إذن تغليباً للحرية **(وكذا حكم سائر)** أي باقي **(النادر من الأكساب)** الحاصلة للمبعض كالوصية والهبة والركاز والصدقة ، وكذا زكاة الفطر في الأصحّ ؛ لأن مقصود المهايأة أن يختصّ كل واحد بما وقع في نوبته **(و)** حكم النادر من **(المؤن)** كأجرة طبيب وثمن دواء وأجرة حمام إلحاقاً للغرم بالغنم فالأكساب لمن حصلت في نوبته ، والمؤن على من وجد سببها في نوبته في الأظهر فيهما ، ومقابله يشتركان فيهما ؛ لأن النادرة مجهولة وربما لا تخطر بالبال عند التهايؤ ، ولا ضرورة إلى إدخالها **(إلا أرش الجناية)** الموجودة من المبعض أو عليه كما شملته عبارة المصنف ، وبحثه الزركشي في نوبة أحدهما فلا يختصّ أرشها بصاحب النوبة بل يكون الأرش بين المبعض والسيد جزماً **(والله أعلم)** ؛ لأن الأرش يتعلق بالرقبة وهي مشتركة ، ونقل الإمام في باب صدقة الفطر اتفاق العلماء عليه ، وإذا لم تكن مهايأة فيشتركان في سائر النادر من الأكساب والمؤن .

فصـــل

في بيان حكم الملتقط ، وهو الركن الثالث ، والملتقط نوعان . أحدهما : حيوان ، وثانيهما جماد ، وقد شرع في النوع الأوّل ، فقال **(الحيوان المملوك)** بأثر يدلّ على الملك كوسم وتعليق قرط **(الممتنع من صغار السباع)** كالنمر والفهد والذئب ، ثم فصل امتناع الحيوان بقوله **(بقوّة)** يمتنع بها **(كبعير)** كبير **(وفرس)** وبغل وحمار **(أو)** يمتنع **(بعدو)** أي

كَـأَرْنَبٍ وَظَبْيٍ ، أَوْ طَيَرَانٍ كَحَمَامٍ إِنْ وُجِـدَ بِمَفَازَةٍ فَلِلْقَـاضِي الْتِقَاطُـهُ لِلْحِفْظِ وَكَذَا لِغَيْـرِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَيَحْرُمُ الْتِقَاطُهُ لِتَمَلُّكٍ ، وَإِنْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ فَالْأَصَحُّ جَوَازُ الْتِقَاطِهِ لِلتَّمَلُّكِ ، ومَا لاَ يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاةٍ يَجُوزُ الْتِقَاطُهُ لِلتَّمَلُّكِ فِي الْقَرْيَةِ وَالْمَفَازَةِ ،

جري (**كأرنب وظبي أو**) يمتنع بسبب (**طيران كحمام**) وهو كلّ ما عبَّ وهـدر كقمري ويمـام (**إن وجـد**) هذا الحيـوان (**بمفازة**) وهي المهلكـة ، سميت بذلـك على القلب تفاؤلاً بـالفوز (**فللقـاضي**) أو منصوبـه (**التقاطـه للحفظ**) على مالكـه لا للتملك ؛ لأن له ولايـة على أموال الغائبين ، وكان لعمـر رضي الله تعالى عنـه حظيرة يحفظ فيها الضـوالّ . رواه مالـك (**وكذا لغيـره**) أي القاضي من الآحـاد التقاطـه للحفظ أيضاً (**في الأصـحّ**) المنصوص في الأم لئـلا يأخذه خائن ، والثاني لا ، إذ لا ولاية للآحاد على مال الغير .

تنبيـه : محلّ الخلاف كما قاله الدارمي إذا لم يعرف مالكه فإن عرفه وأخذه ليردّه عليه كان في يده أمانة جزماً حتى يصل إليه . قال السبكي : وينبغي أن يكون محلّ أخذ الحـاكم إذا خشي عليه الضياع . أما إذا أمن عليه فلا ينبغي أن يتعرّض لـه حتى يأتي صـاحبه . قـال الأذرعي : وهذا أحسن في غير الحاكم اهـ وهو ظاهر (**ويحرم التقاطه**) أي الحيوان الممتنـع في الأمن (**لتملك**) على كـلّ أحد لمـا مرّ في حـديث زيد في ضـالـة الإبـل «مَـا لَـكَ وَلَهَـا دَعْهَـا» ، وقيس الباقي عليهـا بجامـع إمكان رعيهـا في البرّيـة بلا راع ، فمن أخـذه للتملك ضمنه ولا يبرأ بردّه إلى موضعه ويبرأ بدفعه إلى القاضي على الأصحّ في الشـرح والرّوضـة . أما زمن النهب والفساد فيجوز أخذه للتملك في صحراء وغيرها .

تنبيـه : تعبيـر المصنف أوّلاً بالمملوك يخـرج صوراً : منهـا الكلب . ومنها الهـدي . ومنها الموقوف . ومنها الموصى بمنفعته أبداً ، وقد مرّ الكلام على ذلـك (**وإن وجد بقـرية**) أو بلدة أو ما قرب من ذلك (**فالأصح جواز التقاطه للتملك**) ؛ لأنه في العمران يضيع بامتداد اليـد الخائنـة إليه بخـلاف المفازة فـإن طروقهـا لا يعم . والثـاني المنـع كـالمفـازة لإطـلاق الحديث ، وأجاب الأوّل بأن سياقه يقتضي المفازة بدليل «دَعْهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ» .

تنبيـه : يستثنى من جواز الالتقاط للتملك صور : منها لقطة الحرم كما سيأتي . ومنها الجارية التي تحلّ له فإنه لا يتملكها بناء على أنه لا يجوز اقتراضها (**وما**) أي والحيوان الذي (**لا يمتنع منها**) أي صغار السباع (**كشـاة**) وعجل وفصيـل من الحيوان المـأكول وكسيـر خيل وإبل (**يجوز**) لقـاض وغيره (**التقـاطه للتملك في القـرية**) ونحـوها (**والمفـازة**) صونـاً له عن

وَيَتَخَيَّرُ آخِذُهُ مِنْ مَفَازَةٍ فَإِنْ شَاءَ عَرَّفَهُ وَتَمَلَّكَهُ أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ وَعَرَّفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمْرَانِ فَلَهُ الخَصْلَتَانِ الأُولَيَانِ لاَ الثَّالِثَةُ فِي الأَصَحِّ ،

الخونة والسباع لقوله في الحديث السابق في الشاة «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ» **(ويتخير)** فيما لا يمتنع **(آخذه)** بمدّ الهمزة بخطه **(من مفازة)** بين ثلاث خصال كما بينها بقوله **(فإن شاء عرفه وتملكه)** وينفق عليه مدّة التعريف ، فإن أراد الرّجوع استأذن الحاكم فإن لم يجده أشهد كما سبق في نظيره **(أو)** أي وإن شاء **(باعه)** مستقلاً إن لم يجد حاكماً ، وبإذنه إن وجده في الأصحّ **(وحفظ ثمنه وعرفها)** أي اللقطة التي باعها وكان تعريفها بمكان يصلح للتعريف **(ثم تملكه)** أي الثمن .

تنبيه : إنما لم يقل وعرفه لئلا يتوهم عود الضمير للثمن مع أنه لا يعرف **(أو)** أي وإن شاء **(أكله)** متملكاً له **(وغرم قيمته إن ظهر مالكه)** وذكر المصنف التعريف في الخصلتين الأوليين دون الثالثة كالصريح في أنه لا يجب بعد أكلها تعريفه ، وهو الظاهر عند الإمام ؛ لأنه لا فائدة فيه ، وصححه في الشرح الصغير . قال الأذرعي : لكن الذي يفهمه إطلاق الجمهور أنه يجب أيضاً قال : ولعل مراد الإمام أنها لا تعرّف بالصحراء لا مطلقاً اهـ وهذا هو الظاهر .

تنبيه : التخيير بين هذه الخصال ليس تشهياً ، بل عليه فعل الأحظ كما بحثه الإسنوي وغيره قياساً على ما يمكن تجفيفه ، وزاد الماوردي خصلة رابعة ، وهي تملكه في الحال وتبقيته حياً لدرّ ونسل قال : لأنه لما استباح تملكه مع استهلاكه فأولى أن يستبيح تملكه مع استبقائه ، وظاهر كلام الأصحاب منعها ؛ لأن الأولى عللت بالقياس على غيرها . وأما الثانية فلأنه إذا جاز الأكل فالبيع أولى . وأما الثالثة فبالإجماع كما حكاه ابن عبد البرّ ، والقيمة المعتبرة قيمة يوم الأخذ إن أخذ للأكل وقيمة يوم التملك إن أخذ للتعريف كما حكاه عن بعض الشيوخ وأقرّاه **(فإن أخذ من العمران فله الخصلتان الأوليان)** بضم الهمزة وبمثناة تحتية وهما الإمساك والبيع **(لا الثالثة)** وهي الأكل **(في الأصحّ)** وعبر في الروضة بالأظهر . والثاني له الأكل أيضاً كما في الصحراء ، وأجاب الأوّل بأنه إنما أبيح له الأكل في الصحراء لأنه قد لا يجد فيها من يشتريه بخلاف العمران ويشق النقل إليه . أما غير المأكول كالجحش الصغير ففيه الخصلتان الأوليان ولا يجوز تملكه في الحال بل بعد تعريفه ، وإذا

وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْداً لَا يُمَيِّزُ ، وَيَلْتَقِطَ غَيْرَ الحَيَوَانِ فَإِنْ كانَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ كَهَرِيسَةٍ فَإِنْ شَاءَ بَاعَهُ وَعَرَّفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ وَإِنْ شَاءَ تَمَلَّكَهُ فِي الحَالِ وَأَكَلَهُ ، وقِيلَ إنْ وَجَدَهُ

أمسك لقطة الحيوان وتبرع بالإنفاق فذاك ، وإن أراد الرّجوع أنفق بإذن الحاكم ، فإن لم يجده أشهد .

تنبيه : المراد بالعمران الشارع والمساجد ونحوها ؛ لأنها مع الموات محالّ اللقطة كما علم من تعريف اللقطة (**ويجوز أن يلتقط عبداً لا يميز**) في زمن أمن أو نهب كسائر الأموال ، ومميزاً وقت نهب بل قد يجب الالتقاط إن تعين طريقاً لحفظ روحه ، ولا يجوز التقاط المميز في الأمن لا في مفازة ولا في غيرها لأنه يستدل فيه على سيده فيصل إليه . فإن قيل صورة التقاط العبد غير المميز مشكلة لما سيأتي في باب اللقيط أن من لا يعرف رقه ولا حريّته أنه محكوم بحريّته فكيف يلتقط وإن عرف رقه ببينة عرف مالكه ، فكيف صورة المسألة ؟ . أجيب بأن الرّق يعرف بعلامة كعلامة الحبشة والزنج أو أنه عرف رقه وجهل مالكه ثم وجده ضالاً ، وكذلك يأتي هذا في معرفة كون الأمة مجوسية .

تنبيه : خرج بقول المصنف عبداً الأمة فإنها إن حلت للملتقط لم يجز أن يلتقطها للتملك بل للحفظ وإن لم تحل له كمجوسية ومحرم جاز له التقاطها ، وقد مرت الإشارة إلى ذلك ، ويؤخذ من كلامهم أن في التقاط الرّقيق الخصلتين الأولتين وينفق عليه مدّة الحفظ من كسبه ، فإن لم يكن له كسب فعلى ما مرّ آنفاً في غير الرقيق ، وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال : كنت أعتقته قبل قوله وحكم بفساد البيع على الأظهر في الشرح والروضة والتقييد بالعتق قد يوهم عدم تصديقه فيما عداه كالبيع والهبة لأجل ما يتخيل من قوّة العتق ، وليس مراداً بل سائر التصرفات المزيلة للملك كذلك كما ذكراه قبيل الصداق . ثم شرع في النوع الثاني فقال (**و**) أن (**يلتقط غير الحيوان**) وهو الجماد سواء أكان مالاً كالنقود والثياب أم غير مال كجلد ميتة لم يدبغ وخمر محترمة للاختصاص أو الحفظ (**فإن كان**) مما (**يسرع فساده كهريسة**) وعنب لا يتزبب ورطب لا يتتمر تخير آخذه بين خصلتين (**فإن شاء باعه**) استقلالاً إن لم يجد حاكماً وبإذنه إن وجده آخذاً مما مرّ (**وعرفه**) أي المبيع بعد بيعه (**ليتملك ثمنه**) بعد التعريف ولا يعرف الثمن ، وهذه الخصلة أولى من الخصلة المذكورة في قوله (**وإن شاء تملكه في الحال وأكله**) وغرم قيمته سواء أوجده في مفازة أم عمران (**وقيل : إن وجده**

في عُمْـرَانٍ وَجَبَ الْبَيْعُ ، وإِنْ أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ بِعِلاَجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ فَإِنْ كانَتِ الْغِبْطَةُ في بَيْعِهِ بِيعَ ، أَوْ في تَجْفِيفِـهِ وَتَبَرَّعَ بِـهِ الْوَاجِـدُ جَفَّفَهُ ، وإِلَّا بِيـعَ بَعْضُهُ لِتَجْفِيفِ الْبَـاقِي ، وَمَنْ أَخَذَ لُقَطَةً لِلْحِفْظِ أَبَداً فَهِيَ أَمَانَةٌ ، فَإِنْ دَفَعَهَا إلى الْقَاضِي لَزِمَهُ الْقَبُولُ ولَمْ يُوجِبِ الأَكْثَرُونَ التَّعْرِيفَ ، والحَالَةُ هٰذِهِ ،

في عمران وجب البيع) لتيسره أو امتنع الأكل وهو قياس ما سبق في الشـاة من تصحيح منـع الأكل . ومنهم من قطع بالأوّل ، وفرّق بينـه وبين الشاة بـأن الطعـام قد يفسـد قبل أن يـظفر بالمشتري فتمس الحاجة إلى أكله ، وإذا جوّزنا الأكل فأكل وجب التعريف في العمران بعده وإن كان في الصحراء . قال الإمام : فـالظاهـر أنه لا يجب ، وقـد مرّ الكـلام فيه ولا يجب إفـراز القيمة المغـرومة من مـاله . نعم لا بـدّ من إفرازهـا عند تملكهـا ؛ لأن ملك الدين لا يصـحّ ، قالـه القاضي **(وإن أمكن بقـاؤه)** أي ما يسـرع فساده . لكن **(بعـلاج)** فيه **(كـرطب يتجفف)** أي يمكن تجفيفـه ولبنٍ يصير أقـطاً **(فإن كـانت الغبطة في بيعـه بيع)** جميعـه بـإذن الحاكم إن وجده ، وإلا استقلالاً كما يؤخذ مما مر **(أو)** كانت الغبـطة **(في تجفيفه وتبـرّع به الـواجد)** لـه أو غيره **(جففـه)** ؛ لأنه مـال غيره فـروعي فيه المصلحـة كوليّ اليتيم **(وإلا بيـع بعضه)** بقدر ما يساوي التجفيف **(لتجفيف الباقي)** طلباً للأحظ ، وخالف هـذا الحيوان حيث بيع جميعه ؛ لأن نفقته تتكرّر فيؤدّي إلى أن يأكل نفسه .

تنبيه : قوله : الواجد ليس بقيـد كما تقـرّر ، وظاهـر كلامـه أن مراعـاة الأغبط واجبة وكلام الأصحاب مصرّح به . قال الأذرعي : والأقرب أنه لا يستقلّ بعمل الأغبط في ظنه بل يراجع القاضي ، فإن استـوى الأمران بيـع كما بحثـه بعض المتأخـرين لما في البيـع من قلة الكلفة **(ومن أخذ لقطة للحفظ أبداً)** وهو أهل لذلك **(فهي أمانة)** في يده وكذا درّها ونسلها ؛ لأنه يحفظهـا لمالكهـا فأشبـه المودع **(فـإن دفعها إلى القـاضي لزمـه القبول)** حفـظاً لها على صـاحبها ، وكـذا من أخذ للتملك ثم بـدا له ، فـإن أراد دفعهـا إلى الحـاكم يلزمـه القبـول بخلاف الوديعـة من غير ضـرورة لا يلزمه القبـول لقدرة المـودع على الردّ إلى المـالك **(ولم يوجب الأكثرون)** من الأصحاب **(التعريف والحالة هذه)** وهي أخذ اللقطة للحفظ أبداً ؛ لأن الشرع إنما أوجبه لما جعل له التملك بعده ، ورجح الإمام والغزالي وغيرهما وجوبه ، وهـذا هو المعتمد كمـا صححه المصنف في شـرح مسلم ، وقال في زيـادة الرّوضـة : إنه الأقـوى المختـار ، وفي كلام المصنف إشـارة إليه بعـزوه عدم التعـريف إلى الأكثرين ولم يقـل على

فَلَوْ قَصَدَ بَعْدَ ذٰلِكَ خِيَانَةً لَمْ يَصِرْ ضَامِناً في الأَصَحِّ ،وإنْ أَخَذَهُ بِقَصْدِ الخِيَانَةِ فَضَامِنٌ ، ولَيْسَ لَهُ بَعْدَهُ أَن يُعَرِّفَ ويَتَمَلَّكَ عَلَى المَذْهَبِ ، وإنْ أَخَذَ لِيُعَرِّفَ ويَتَمَلَّكَ فَأَمَانَةٌ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ ، وكَذَا بَعْدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرِ التَّمَلُّكَ في الأَصَحِّ ، ويَعْرِفُ جِنْسَهَا وصِفَتَهَا وقَدْرَهَا

الأصح كعادته . وقال الأذرعي : الصحيح الوجوب ؛ لأن كتمانها يفوّتها على صاحبها . فإن قيل : مالكها ينشدها فيعلم به آخذها للحفظ . أجيب بأنها قد تسقط من عابر سبيل وممن لا يمكنه ذلك لعارض مرض أو جنون أو حبس أو موت أو غيرها ، وإن أراد التخلص من تعب التعريف دفعها إلى حاكم أمين ، وإذا عرفها ثم بدا له قصد التملك عرفها سنة من يومئذ ، ولا يعتدّ بما عرفه قبل على الأصح سواء قلنا بوجوب التعريف أم لا **(فلو قصد بعد ذلك)** الأخذ الذي للحفظ أبداً ، وكذا بعد الأخذ للتملك **(خيانة)** فيما التقطه **(لم يصر)** بمجرد قصد الخيانة **(ضامناً في الأصحّ)** حتى يتحقق ذلك القصد بالفعل كالمودع . والثاني : يضمن ، وخرج بقصد ما لو فعل الخيانة فإنه يصير ضامناً جزماً .

تنبيه : متى صار الملتقط ضامناً في الدوام بحقيقة الخيانة أو بقصدها ثم أقلع وأراد أن يعرفها ويتملك كان له ذلك على الأصحّ في أصل الرّوضة وبه جزم القاضي الحسين ، وهذا بخلاف ما إذا قصد الخيانة ابتداء كما قال **(وإن أخذ بقصد الخيانة فضامن)** عملاً بقصده المقارن لفعله **(وليس له بعده)** أي الأخذ خيانة **(أن يعرف ويتملك)** بعد التعريف **(على المذهب)** نظراً للابتداء كالغاصب ، وفي وجه من الطريق الثاني له ذلك نظراً لوجود صورة الالتقاط ، ولو سلمها للحاكم برىء من الضمان كما هو شأن الغاصب **(وإن أخذ ليعرّف ويتملك)** بعد التعريف **(فأمانة مدّة التعريف)** كالمودع **(وكذا بعدها ما لم يختر التملك في الأصح)** كما قبل مدّة التعريف ، والثاني : وبه قال الإمام والغزالي : تصير مضمونة عليه إذا كان غرم من التملك مطرداً كالمستام ، وفرّق الأوّل بأن المستام مأخوذ لحظ آخذه حين أخذه بخلاف اللقطة .

تنبيه : بقي من أحوال المسألة ما إذا أخذ لا بقصد خيانة ولا أمانة أو بقصد أحدهما ونسيه وحكمهما أن لا تكون مضمونة وله التملك بشرطه اتفاقاً قاله الإمام وتابعاه **(ويعرف)** الملتقط بفتح الياء بخطه من المعرفة وهي العلم **(جنسها)** أي اللقطة من نقد أو غيره ونوعها من كونها أشرفية أو فلورية ٢ **(وصفتها)** من صحة وتكسر ونحوهما **(وقدرها)** بكيل أو وزن أو

وعِفَـاصَهَا وَوِكـاءَهَا ثُمَّ يُعَـرِّفُهَا في الأَسْـوَاقِ وأَبْوَابِ المَسَاجِدِ ونَحْوِهَـا

ذرع أو عدّ **(وعفاصهـا)** بكسر العين بخـطه ، وهو الـوعاء من جلد وغيـره . قال الخـطابي : وأصله الجلد الذي يلبس رأس القارورة ثم أطلق على الوعاء تـوسعاً **(ووكـاءها)** بكسـر الواو والمد بخطه وهو ما يربط به من خيط أو غيره لخبر زيد السابق ، وقيس بما فيه غيـره وليعرف صدق واصفها ، وهذه المعرفة تكون عقب الأخذ كما قاله المتولي وغيره وهي سنـة كما قـاله الأذرعي وغيـره ، وهو المعتمـد كما هـو قضية كـلام الجمهور ، وفي الكـافي أنها واجبـة ، وجرى عليه ابن الرفعة ، ويندب كتب الأوصاف . قال الماوردي : وأنه التقطها في وقت كذا **(ثم يعرّفها)** بضم أوله وكسر ثالثه المشدّد من التعريف ، وهذا واجب إن قصد التملك قـطعاً وإلا فعلى ما سبق ، ويستثنى من التعريف كما قاله المصنف في نكته تبعاً للجيلي ما لـو كان السلطان ظـالماً بحيث يعلم أو يغلب على الـظنّ أنه إذا عـرفها أخـذها فـلا يجـوز التعـريف حينئذ ، بل تكون أمانة في يده ، وقضيته أنه لا يتملك بعد السنة ، وهو كذلك كما صـرّح به الغزالي في فتاويه ، وإن كان مقتضى كلام ابن الصباغ أنه يتملك بعدها .

تنبيـه : أفهم قوله : ثم يعرفها أمرين : أحدهما أن المبادرة بـالتعريف عقب الالتقـاط لا تجب ، وهو كذلك على الأصحّ في أصل الرّوضة . وقال البلقيني : محل جواز التأخير ما لم يغلب على ظنّ الملتقط أنه يفوت معرفة المالك بالتأخيـر فإن غلب على ظنـه ذلك وجب البدار ولم يتعرّضوا له اهـ وهذا ظاهر وإذا لم يوجب المبادرة ينبغي كما قال بعض المتأخرين أن يؤرّخ وجدان اللقطة في تعريفه، ويسنـده إلى وقته حتى يكـون ذلك في معاوضة مـا جرى من التأخير المنسي . الثاني : أنه يتعين تعـريفها بنفسـه ، وليس مراداً بـل له ذلـك بمأذونـه أيضاً ولكن لا يسلمها له ، ويشترط كـون المعرف عـاقلاً غيـر مشهور بـالخلاعـة والمجون ، وهو أن لا يبالي الإنسان بما صنع قاله الجوهري . قال ابن الـرفعة: ولا يشتـرط فيه العـدالة إذا حصل الوثوق بقوله . ثم أشار إلى مكان التعريف بقوله **(في الأسواق)** عند قيـامها في بلد الالتقاط **(و)** في **(أبواب المسـاجد)** عنـد خروج النـاس **(ونحوهـا)** من المجامـع والمحافـل ومحالّ الرحـال ومناخ الأسفـار؛ لأن ذلك أقـرب إلى وجود صـاحبها . ويجب التعـريف في الموضع الذي وجدها فيه وليكثـر منه فيـه، لأن طلب الشيء في مكانـه أكثر ، وخـرج بقولـه أبـواب المساجـد المساجـد فيكره التعـريف فيها كمـا جزم بـه في المجموع وإن أفهم كـلام الرّوضة التحريم إلا المسجد الحـرام فلا يكـره التعريف فيـه اعتباراً بـالعرف ؛ ولأنـه مجمع

سَنَة عَلَى الْعَادَةِ يُعَرِّفُ أَوَّلاً كُلَّ يَوْمٍ طَرَفَيِ النَّهَارِ ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً ثُمَّ كُلَّ أُسْبُوعٍ ثُمَّ كُلَّ شَهْرٍ ، ولاَ تَكْفِي سَنَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ في الأَصَحِّ .

النـاس ، ومقتضى ذلك أن مسجـد المدينـة والأقصى كذلـك ، ولو أراد سفراً استناب بـإذن الحاكم من يحفظها ويعرّفهـا ، فإن سـافر بهـا أو استناب بغيـر إذن الحاكم مـع وجوده ضمن لتقصيره ، وإن التقط في الصحراء وهناك قافلة تبعها وعرف فيها إذ لا فائـدة في التعريف في الأماكن الخالية ، فإن لم يرد ذلك ففي بلدة يقصدها قربت أو بعدت سواء أقصدهـا ابتداء أم لا حتى لو قصد بعد قصده الأوّل بلدة أخـرى ، ولو بلدتـه التي سافـر منها عـرف فيها ، ولا يكلف العدول عنها إلى أقرب البلاد إلى ذلـك المكان ، وقـوله (سنة) أي من يوم التعـريف بيان لمدّة التعـريف لخبر زيـد المارّ ، وقيس بمـا فيه غيره ، والمعنى في ذلك أن السنـة لا يتأخر فيها القوافل غالبـاً وتمضي فيها الفصـول الأربعة . قـال ابن أبي هريـرة : ولأنه لـو لم يعرف سنة لضاعت الأموال على أربابها ، ولو جعل التعـريف أبداً لامتنـع من الالتقاط فكـأن في السنة نظراً للفريقين معاً وشرط ذلك في الأموال الكثيرة . وأمـا القليلة فستأتي ولـو التقط اثنان لقطة عرّفها كل واحد نصف سنة كما قال السبكي إنه الأشبه ، وإن خالف في ذلك ابن الرّفعة ؛ لأنهـا لقطة واحـدة ، والتعريف من كـل منهما لكلهـا لا لنصفها ؛ لأنهـا إنما تقسم بينهما عند التملك . قال الزركشي : ويستثنى من إيجـاب السنة لقـطة دار الحرب ، وقضيـة نصّ الشافعي الاكتفاء بتعريفها هناك فإن لم يجد من يعرفها ردّت إلى المغنم .

تنبيـه : قـد يتصوّر التعـريف سنتين ، وذلك إذا قصـد الحفظ فعـرّفهـا سنة ثم قصـد التملك فإنه لا بدّ من تعريفـه سنة من حينئـذ كما مـرّت الإشارة إليـه ، ولا يجب أن يستوفي السنة بالتعـريف كل يـوم ، بل (**على العـادة**) زمانـاً ومكانـاً وقدراً (**يعـرف أوّلاً**) أي أوّل سنة التعريف (**كل يوم**) مرّتين (**طرفي النهار**) لا ليلاً ولا وقت القيلولة (**ثم**) يعرّف (**كل يوم مرّة ثم كل أسبوع**) مرّة أو مرّتين كما في المحرّر (**ثم كـل شهر**) مـرّة تقريبـاً في الجميع ، بحيث لا ينسى أن الأخير تكرير الأوّل كما في الشرحين والرّوضـة ، وإنما جعـل التعريف في الأزمنـة الأول أكثر ؛ لأن تطلب المالك فيهـا أكثر ، وسكتـا في الرّوضـة وأصلها عن بيـان المدّة في ذلك ، وفي المهذب ذكر الأسبوع في المدّة الأولى . قال الشارح : ويقاس بها الثانية . قال الزركشي : قيل : ومرادهم أنه يعرف كل يوم من هذه المدّة ثلاثة أشهر ، ولـو مات الملتقط في أثناء السنة بنى وارثه على ذلك كما بحثه الزركشي (**ولا تكفي**) في التعريف (**سنة متفرقة في الأصح**) في المحرّر ، وعبارته والأحسن ؛ لأن المفهوم من السنة في الخبـر التوالي كمـا

قُلْتُ : الأَصَحُّ تَكْفِي ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

فصــل

ويَـذْكُرُ بَعْضَ أَوْصَافِهَا ، ولاَ يَلْزَمُهُ مُؤْنَـةُ التَّعْرِيفِ إنْ أَخَـذَ لِحِفْظٍ ، بَلْ يُـرَتِّبُهَا الْقَاضِي مِنْ بَيْتِ المَالِ أَوْ يَقترِضُ عَلَى المَالِكِ ، وإنْ أَخَذَ لِتَمَلُّكٍ لَزِمَتْهُ ، وقِيلَ إنْ لَمْ يَتَمَلَّكْ فَعَلَى المَالِكِ ،

لـو حلف لا يكلم زيداً سنـة ، وعلى هذا إذا قـطع التعريف مـدّة استـأنف ولا يبني (**قلت : الأصح تكفي**) السنة المفـرقة في التعـريف (**والله أعلم**) لإطلاق الخبـر ، وكما لـو نذر صـوم سنة ، فإنه يجوز تفريقها ، وعلى هذا لا بدّ أن يبين في التعريف زمان الـوجدان حتى يكـون ذلك في مقابلة ما جرى من التـأخير كمـا قالـه الإمام . قـال وتساهـل بعض أصحابنـا فجعل التاريخ مستحباً ، ويقول في تعريفها كما في التنبيه: من ضاع له شيء .

فصـل : ويذكر

ندباً (**بعض أوصافها**) كما يذكـر جنسها ، فيقـول : مَن ضاع لـه دنانيـر أو عفاصهـا أو وكاءها ؛ لأنه أقرب إلى الظفر بالمالك ، ولا يستوفيها لئلا يعتمـدها كـاذب ، فإن استـوفاهـا حرم عليه كمـا جزم بـه الأذرعي وضمن ؛ لأنه قـد يرفعـه إلى من يلزمه الـدفع بـالصفات ، ويفارق هذا ما مرّ أوّل الباب من أنه يجوز استيفاؤها في الإشهاد لحصر الشهود وعـدم التهمة (**ولا يلزمه مؤنة التعريف إن أخذ**) اللقطة (**لحفظ**) لها على مالكها بناء على وجوب التعـريف السـابق ، إذ الحظ لمالكهـا فقط (**بل يـرتبها القـاضي من بيت المال**) . قـال ابن الـرفعـة : قرضاً . وقال الأذرعي : الأقرب إنه إنفاق ، ويدلّ له قول المصنف (**أو يقترض على المالك**) وهذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحـاب . أما إذا قلنـا : لا يجب التعريف فـالملتقط متبرّع إن عرف ، وللقاضي أن يـأمر الملتقط بصـرف المؤنة من مـاله ليـرجع على المـالك أو يبيـع بعضها إن رآه كما لو هرب الجمال (**وإن أخذ**) اللقطة (**لتملك**) وجب عليه تعريفها جزماً كما مرّ ، و (**لزمته**) مؤنة التعـريف ، سواء أتملكهـا أم لا ؛ لأن الحظ له (**وقيـل : إن لم يتملك**) أي اللقطة كأن ظهر مالكها (**فعلى المالك**) لعود الفائدة إليه .

تنبيـه : ظاهر كلام المصنف : أنه إذا تملك ثم ظهر المالك ورجع فيها لم يجىء هذا الوجه ، وتعبير الرّوضة والشرحين بظهور المالك يشمل ظهوره بعـد التملك . قال السبكي : وهو أحسن فإنه متى ظهر قبل التملك أو بعده رجع على هذا الوجه . قال : فلو قال المنهاج

وَالأَصَحُّ أَنَّ الحَقِيرَ لَا يُعَرَّفُ سَنَةً بَلْ زَمَناً يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِباً .

وقيل إن ظهر المالك فعليه لكان أخلص اهـ وكالتملك قصد الاختصاص وقصد الالتقاط للخيانة ، وما ذكره المصنف هو في مطلق التصرّف . أما لو التقط محجور عليه بسفه أو صبي أو جنون فليس لوليه إخراج مؤنة التعريف من ماله كما مرّت الإشارة إليه ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم فيبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف وإن قال الأذرعي : في النفس منه شيء (**والأصح أن الحقير**) أي القليل المتموّل ولا يقدّر بشيء في الأصح ، بل هو ما يغلب على الظنّ أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً ؛ لأن ذلك دليل على حقارته وقدّر بالدينار وقدّر بالدرهم كما في التنبيه لقول عائشة رضي الله تعالى عنها «لَا بَأْس بِمَا دُونَ الدِّرْهَمِ أَنْ يُسْتَنْفَعَ بِهِ» وقدّر بما لا تقطع فيه يد السارق (**لا يعرّف سنة**) ؛ لأن فاقده لا يدوم على طلبه سنة بخلاف الخطير . والثاني : يعرف سنة لعموم الأخبار ؛ ولأنها جهة من جهات التملك فاستوى فيها القليل والكثير . قال الأذرعي : وهذا هو المذهب المنصوص وقول الجمهور . قال : ويشكل على ترجيح الرافعي الفرق بين الحقير وغيره قوله : إن الأكثر قالوا : إن ما ليس بمال كالكلب الذي فيه منفعة يقتنى لها يعرّف سنة ثم يختص به اهـ وهذا ليس بمشكل ؛ لأن الكلب ونحوه من الاختصاصات يكثر عليه الأسف ، فإن فرض قلته عليه فهو داخل في قول المصنف (**بل**) الأصح يعرفه (**زمناً يظنّ أن فاقده يعرض عنه غالباً**) ويختلف ذلك باختلاف المال . وأما غيره فسيأتي الكلام عليه . قال الروياني : فدانق الفضة يعرف في الحال ، ودانق الذهب يوماً أو يومين أو ثلاثة .

تنبيه : عبارة الرّوضة والشرحين مدّة يظنّ في مثلها طلب فاقدها ، فإذا غلب على الظنّ إعراضه سقط ، وهذه العبارة ظاهرة . فإن قيل : كان ينبغي للمصنف أن يقول : لا يعرض أو يقول إلى زمن . أجيب بأن لا تقدّر في الكلام الفصيح كما قدّرت في قوله تعالى ﴿وَعَلَى الَّذِيْنَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾ كما عليه أكثر المفسرين ، وبأن زمناً منصوب عطفاً على سنة : أي لا يعرفها إلى سنة بل إلى زمن الخ ؛ لأن بل لا تعطف الجمل ، بل هي معها حرف ابتداء ، وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في كتاب الطهارة عند قول المصنف : بل يخلطان ، ومقابل الأصح يكفي مرّة ؛ لأنه يخرج بها عن حدّ الكتمان ، وقيل : لا يجب تعريف القليل أصلاً . أما ما لا يتموّل : كحبة برّ وزبيبة لم يجب تعريفه ويستبدّ به واجده ، فقد قيل : إن عمر رضي الله تعالى عنه سمع رجلاً ينشد في الطواف زبيبة ، فقال : إن من الورع ما يمقته الله ، ومرّ ﷺ مرّة بتمرة في الطريق «فَقَالَ : لَوْلَا أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُهَا» ولكن

فصــل

إِذَا عَرَّفَ سَنَةً لَمْ يَمْلِكْهَا حَتَّى يَخْتَارَهُ بِلَفْظٍ كَتَمَلَّكْتُ ، وقِيلَ تَكْفِي النِّيَّةُ ، وقِيلَ يَمْلِكُ بِمُضِيِّ السَّنَةِ

هـل يزول ملك صـاحبه عنـه إذا وقع ؟ فيـه وجهان في الـوافي ، والأصح أن ملكـه لا يزول بذلك بدليل ما قالوه فيما لـو حمل السيـل حبة أو نـواة إلى أرض غيره فـإنه يلزمـه قلعها وإن أعرض عنها ، فهي لمالك الأرض ، فعلم أنه لا يزول ملكه إلا بالإعـراض . فإن قيـل : إذا لم يزل ملكه إلا بالإعراض فكيف يستبدّ به واجـده ؟ . أجيب بأن هـذا من المباح المستفـاد بالعادة كالشرب من الأنهار . وأما التقـاط السنابـل ونحوهـا في وقت الحصاد فيجـوز إذا ظنّ إعراض المالك عنها أو ظنّ رضاه بأخذها وإلا فـلا ، ولا فرق بين أن يكـون الآخذ من أهـل الزكاة أم لا وإن خالف في الثاني الـزركشي ؛ لأن هذا القـدر يغتفر كمـا جرى عليـه السلف والخلف ، ولو التقط كلباً يقتنى أو خمـراً محترمـة أو زبلاً كثيـراً عرفـه سنة أو مـا يليق به ثم اختص به ، فإن ظهر صاحبه وكان باقياً أخذه ، وإلا فلا شيء له .

فصــل

فيما تملك به اللقطة **(إذا عرّف)** ملتقـطها للتملك **(سنـة)** على العادة أو دونهـا على ما مرّ جاز له التملك ، و**(لم يملكها)** بـذلك **(حتى يختـاره)** أي التملك **(بلفظ)** من ناطق يـدلّ على التملك **(كتملكت)** ما التقطته ؛ لأنه تمليك مال ببدل فافتقر إلى ذلك كـالشفيع ويملكـه بذلك ، ولـو لم يتصرّف فيـه كالقـرض ، وهذا فيمـا يملك . وأما غيـره كالكلب والخمـر ، فـلا بدّ فيـه من اختيار نقـل الاختصاص الـذي كان لغيـره لنفسه كمـا قالـه ابن الرفعـة . أما الأخرس فتكفي إشارته المفهمة كسائر عقوده كمـا قالـه الزركشي ، وكـذا الكنايـة مع النيـة ، والظاهر كما قال شيخنا أن ولد اللقطة كاللقطة إن كانت حاملاً عند التقاطها وانفصل منها قبل تملكها وإلا ملكه تبعاً لأمّه ، وعليه يحمل قول من قال : إنه يملك بعد التعـريف لأمه : أي وتملكهـا **(وقيل : تكفي)** بعـد التعريف **(النيـة)** أي تجديـد قصد التملك من غيـر لفظ لفقد الإيجـاب **(وقيل)** قـال الأذرعي : وهو ظـاهـر نصّ الأمّ والمختصـر **(يملك)** اللقـطة **(بمضيّ السنة)** بعد التعريف اكتفاء بقصده عند الأخذ للتملك بعد التعريف .

تنبيـه : لا فـرق عندنـا في جواز تملك اللقـطة بين الهـاشمي وغيـره ، ولا بين الفقيـر وغيره . وقال أبو حنيفة : لا يجوز تملكها لمن لا تحل له الصـدقة . وقـال مالـك : لا يجوز

فَإنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ المَـالِكُ واتَّفَقَـا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا فَـذَاكَ ،وإنْ أَرَادَهَا المَالِكُ وأَرَادَ المُلْتَقِطُ الْعُدُولَ إلى بَدَلِهَـا أُجِيبَ المَالِـكُ في الأَصَحِّ ،

تملكها للفقير خشية ضياعها عند طلبها ، ويستثنى من التملك مسائل لا يتأتى فيها التملك . منها الجارية التي تحلّ للملتقط فإنه لا يتملكها بناء على أنـه لا يصح التقـاطها للتملك كمـا مرّ ؛ لأنه لا يجوز له استقراضها على الراجح ، فعلى هذا تلتقط للحفظ فقط ، وفي تعريفها الخلاف السابق . فإن قيل : ينبغي أن تعرّف ، وبعد الحول تباع ويتملك ثمنها كما لو التقط ما يتسارع إليه الفساد ، فإنه يبيعه ويتملك ثمنه بعـد المدّة . أجيب بـأنه إنمـا يتبع في ذلـك مصلحة المالك ، وقد لا يكـون له مصلحـة في بيع الأمـة . ومنها مـا لو دفعهـا إلى الحاكم وترك التعريف والتملك ثم ندم وأراد أن يعرف ويتملك فإنه لا يمكن ؛ لأنـه أسقط حقه قـاله في زيادة الرّوضة . ومنها ما لو أخذ للخيانـة كما مـرّ . ومنها لقـطة الحرم كمـا سيأتي **(فـإن تملك)** الملتقط اللقطة **(فظهر المالـك)** لها وهي بـاقية بحـالها ولم يتعلق بهـا حقّ لازم يمنع بيعها كما في القرض **(واتّفقا على ردّ عينها)** أو بدلها **(فذاك)** ظاهر ، إذ الحق لا يعـدوهما . ويجب على الملتقط ردّها إلى مالكها إذا علمه ولم يتعلق بها حق لازم قبل طلبـه في الأصح كما قاله الرافعي في باب الوديعة ومؤنة الرّدّ على الملتقط لأنه قبض العين لغرض نفسه . أما إذا حصل الردّ قبل تملكها فمؤنة الرّدّ على مالكها كمـا قالـه الماوردي **(وإن أرادهـا المالـك وأراد الملتقط العـدول إلى بدلهـا أجيب المالـك في الأصح)** كـالقـرض بـل أولى ، ولخبـر الصحيحين «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فَـأَدِّهَا إِلَيْـهِ» . والثاني : يجـاب الملتقط ، لأنه ملكها كما قيل به في القرض .

تنبيـه : لو جاء المالك وقد بيعت اللقطة بشرط الخيار أو كان خيار المجلس باقياً كـان لـه الفسخ وأخـذها إن لم يكن الخيـار للمشتري فقط كمـا جزم بـه ابن المقري لاستحقـاقـه الرجوع لعين ماله مع بقائه . أما إذا كان الخيار للمشتري فقط فلا رجوع له كـالبائـع ، وكذا لـو تعلق بها حق رهن أو كتـابة وإذا ردّهـا الملتقط سليمة أو معيبـة مع الأرش لـزم المـالـك القبول ، ويتعين ردّها بالزوائد المتصلة وإن حدثت بعد التملك تبعاً للأصل ، بل لو حـدثت قبله ثم آنفصلت ردّها كنظيره من الردّ بالعيب وغيره ، فلو التقط حـائلاً فحملت قبـل تملكها ثم ولدت ردّ الولد مع الأمّ . أما الزوائد المنفصلة الحادثة بعد التملك فهي للملتقط لحدوثها على ملكه ، ومقتضى هذا أن الأمة لو ولدت عنده رقيقاً أنه يجوز التفريق . قـال الزركشي : وفيه نظر اهـ والظاهر أنه لا يجوز نظير ما في التفريق بالفسخ ، وتقدّم فيه خلاف ، وتقدّم في

وإنْ تَلِفَتْ غَـرِمَ مِثْلَهَا أَوْ قِيمَتَهَا يَوْمَ التَّمَلُّكِ ،وإنْ نَقَصَتْ بِعَيْبٍ فَلَهُ أَخْذُهَـا مَعَ الأَرْشِ فِي الأَصَـحِّ ، وإِذَا ادَّعَـاهَا رَجُـلٌ ولَـمْ يَصِفْهَا ولاَ بَيِّنَـةَ لم تُدْفَـعْ إلَيْهِ ،

الردّ بالعيب أن الحمـل الحادث بعـد الشراء كـالمنفصل ، فيكـون الحادث هنـا بعد التملك للملتقط **(وإن)** جاء المالك وقد **(تلفت)** تلك اللقطة حساً أو شرعاً بعـد التملك **(غرم مثلهـا)** إن كانت مثلية **(أو قيمتها)** إن كانت متقـوّمة ؛ لأنـه تمليك يتعلق بـه العوض فـأشبه البيـع ، والقيمة تعتبر **(يوم التملك)** لها ؛ لأنه يوم دخول العين في ضمانه ، وقيل يوم المطالبة بها .

تنبيـه : قـال ابن الرِّفعـة : وقضية قـولهم إنه يملك اللقـطة كملك القـرض أن يكـون الـواجب فيما لـه مثل صـوريّ ردّ المثل في الأصـح . قـال الأذرعي : ولا يبعـد الفـرق بين البابين اهـ ، ولعلّ الفرق أن المالـك في القرض دفـع مالـه باختيـاره فنفسه مـطمئنة على أن المقترض يردّ له مثل ما أخذ . وأما اللقطة : فالقيمة فيها قد تكـون في يوم التملك أكثـر من قيمة المردود ، فيفوت ذلك على المـالك فيتضـرر به ، وحينئـذ يظهـر أن الفرق بين البـابين أظهر ، ولو قـال الملتقط للمالـك بعد التلف : كنت أمسكتهـا لك ، وقلنـا بالأصـح : إنه لا يملكها إلا باختيار التملك لم يضمنها ، وكذا لو قال : لم أقصد شيئاً ، فإن كذبه المالك في ذلك صدّق الملتقط بيمينه ؛ لأن الأصل بـراءة ذمّته . أمـا التلف قبل التملك من غيـر تفريط فلا ضمان فيه على الملتقط كالمودع ، ولو عين الملتقط البدل عند إباحة إتلاف اللقطة كأكل الشاة الملتقطة في المفازة فتلفت سقط حق المالـك بتلف القيمة : أي والمثـل للصورة كمـا نقله الـرافعي في الكـلام على الـطعـام عن نصّ الأصحـاب ، هـذا كله في المملوك . أمـا الاختصاصات كالخمر المحترمة والكلب النافع ، فلا يضمن أعيانهـا ولا منافعهـا **(وإن)** جاء وقـد **(نقصت بعيب)** أو نحوه حـدث بعد تملكهـا **(فله)** أي مالكهـا **(أخـذهـا مـع الأرش في الأصـح)** ؛ لأن الكل مضمـون فكذا البعض ؛ لأن الأصـل المقرّر أن مـا ضمن كله بـالتلف ضمن بعضـه عنـد النقص ، ولم يخـرج عن هـذا إلا مسـألـة الشـاة المعجلة فـإنهـا تضمن بـالتلف ، وإن نقصت لم يجب أرشها . والثـاني : لا أرش له ولـه على الوجهين : الـرجوع إلى بـدلها سليمـة ، ولو أراد المـالك بـدلها وقـال الملتقط أضمّ إليهـا الأرش وأردّهـا أجيب الملتقط على الأصح **(وإذا ادّعاها رجل)** مثلاً **(ولم يصفها)** بصفاتها السابقة **(ولا بينة)** له بها مما يثبت بها الملك : كالشاهد واليمين ولم يعلم الملتقط أنها له **(لم تدفع إليه)** لحديث «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ» الحديث ، فإن أقام بينة بذلك عند الحاكم كما قاله في الكفاية ، ولا يكفي إخبـارها للملتقط أو علم أنهـا له وجب عليـه دفعها إليـه ، وعليه العهـدة لا إن ألـزمـه

وإنْ وصَفَهَا وظَنَّ صِدْقَهُ جَازَ الدَّفْعُ إلَيْهِ ، ولاَ يَجبُ على المَذْهَبِ ، فَإنْ دَفَعَ فَأَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً بِهَا حُوِّلَتْ إلَيْهِ ،فَإنْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ فَلِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ تَضْمِينُ المُلْتَقِطِ ،والمَدْفُوعِ إلَيْهِ والْقَرَارُ عَلَيْهِ . قُلْتُ : لاَ تَحِلُّ لُقَطَةُ الحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ عَلَى الصَّحِيحِ ،

بتسليمها بالوصف حاكم (وإذا وصفها) مدّعيها ، وهو واحد بما يحيط بجميع صفاتها (وظنّ ملتقطها صدقه جاز) له (الدفع إليه) جزماً عملاً بظنه ، بل نصّ الشافعي على آستحبابه (ولا يجب على المذهب) ؛ لأنه مدّع فيحتاج إلى بينة كغيره ، وفي وجه من الطريق الثاني يجب ؛ لأن إقامة البينة عليها قد تعسر . أما إذا وصفها جماعة ، فقال القاضي أبو الطيب : أجمعنا على أنها لا تسلم إليهم ولو ادّعاها إثنان وأقام كلّ منهما بينة بأنها له تعارضتا .

تنبيه : احترز بقوله وظنّ صدقه عما إذا لم يغلب على الظنّ صدقه فإنه لا يجب الدفع اتفاقاً ولا يجوز على المشهور ولو تلفت اللقطة فشهدت البينة على وصفها ثبتت ودفع إليه بدلها كما حكاه ابن كج عن النص ، ولو قال له المالك : تعلم أنها لي فله أن يحلف أنه لا يعلم ذلك ، قاله الرافعي (فإن دفع) اللقطة لواصفها بمجرّد الوصف من غير إجبار حاكم يراه (فأقام آخر بينة بها) أي بأنها ملكه ، وأنها لا تعلم أنها انتقلت منه ، كما قاله الشيخ أبو حامد وغيره (حوّلت) من الأوّل (إليه) ؛ لأن البينة حجة توجب الدفع فقدّمت على الوصف المجرّد (فإن تلفت عنده) أي الواصف للقطة (فلصاحب البينة) بأن اللقطة له (تضمين الملتقط) ؛ لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه . أما إذا ألزمه بالدفع حاكم يراه فلا ضمان عليه لعدم تقصيره (و) له مطالبة (المدفوع إليه) اللقطة ؛ لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه . نعم لو كانت اللقطة قد أتلفها الملتقط بعد التملك ثم ادّعاها بعد ووصفها فسلم إليه البدل ، ثم جاء آخر ، فأقام بينة بها لم يرجع على المدفوع إليه لتلفه في يده ؛ لأن الذي حصل في يده مال الملتقط لا مال المدّعي (و) إذا كان له تغريم المدفوع إليه فـ (ـالقرار عليه) لتلفه في يده . نعم لو كان الملتقط قد أقرّ للواصف بالملك ثم غرم صاحب البينة الملتقط لم يرجع على المدفوع إليه ؛ لأنه يزعم أنّ المدّعي ظلمه ، والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه . ولما كان كلام المحرّر في تملك اللقطة شاملاً للقطة الحرم أشار المصنف لإخراجها بقوله : (قلت) ، كما قال الرافعي في الشرح (لا تحلّ لقطة الحرم) وفي الروضة وأصلها مكة وحرمها (للتملك) بل للحفظ أبداً (على الصحيح) المنصوص لخبر الصحيحين «إنَّ هَذَا البَلَدَ حَرَّمَهُ اللَّهُ لاَ يَلْتَقِطُ لُقَطَتَهُ إلاَّ مَنْ عَرَّفَهَا» وفي رواية البخاري «لاَ تَحِلُّ لُقَطَتُهُ إلاَّ

ويَجِبُ تَعْرِيفُهَا قَطْعاً ، واللَّهُ أَعْلَمُ .

لِمُنْشِدٍ» قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : أي لمعرف ، ففرق ﷺ بينها وبين غيرها ، وأخبر أنها لا تحلّ إلا للتعريف ولم يوقت في التعريف بسنة كغيرها ، فدلّ على أنه أراد التعريف على الدوام وإلا فلا فائدة في التخصيص ، والمعنى فيه أن حرم مكة شرفها الله تعالى مثابة للناس يعودون إليه المرّة بعد الأخرى ، فربما يعود مالكها من أجلها ، أو يبعث في طلبها ، فكأنه جعل ماله به محفوظاً عليه كما غلظت الدية فيه . والثاني : تحلّ . والمراد بالخبر تأكيد التعريف لها سنة لئلا يظنّ الاكتفاء بتعريفها في الموسم لكثرة الناس فيه .

تنبيه : محل الخلاف في المتموّل . أما غيره فيستبدّ به واجده كما هو ظاهر وإن لم أرَ من تعرّض له ، وكان ينبغي للمصنف أن يعبر كعبارة الروضة المتقدّمة ليخرج حرم المدينة الشريفة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام فإنه ليس كحرم مكة كما اقتضاه كلام الجمهور وصرّح به الدارمي والروياني وإن سوّى بينهما البلقيني وليست لقطة عرفة ، ومصلى إبراهيم كلقطة الحرم وحكايته الخلاف وجهين موافق للروضة ومخالف للشرحين في حكايته قولين **(ويجب تعريفها)** عند التقاطها للحفظ للخبر المارّ ، وقوله **(قطعاً)** زيادة على الرافعي في الشرح **(والله أعلم)** ولا يجيء فيه الوجه المتقدّم فيمن التقط للحفظ ، ونقل في زيادة الروضة عن الأصحاب أنه يلزم الملتقط الإقامة للتعريف أو دفعها للحاكم . قال ابن المقري : وقد يجيء هذا التخيير في كل ما التقط للحفظ .

خاتمة : لو أخذ اللقطة اثنان فترك أحدهما حقه من الالتقاط للآخر لم يسقط وإن أقام كل منهما بينة بأنه الملتقط ولم يسبق تاريخ لهما تعارضتا ، ولو سقطت من الملتقط لها فالتقطها آخر ، فالأوّل أولى بها منه لسبقه ، ولو أمر واحد آخر بالتقاط لقطة رآها فأخذها فهي للآمر إن قصده الآخر ولو مع نفسه وإلا فهي له ، ولا يشكل هذا بما مرّ في الوكالة من عدم صحتها في الالتقاط ؛ لأن ذلك في عموم الالتقاط ، وهذا في خصوص لقطة وجدت ، فالأمر بأخذها استعانة مجرّدة على تناول شيء معين ، وإن رآها مطروحة فدفعها برجله وتركها حتى ضاعت لم يضمنها ؛ لأنها لم تحصل في يده ، ولو أخذ خمراً أراقها صاحبها فتخللت عنده ملكها بلا تعريف لها . وقبل تخللها عليه إذا جمعها إراقتها إلا إذا علم أنها محترمة فيعرفها كالكلب المحترم .

كِتَابُ ٱللَّقِيطِ

الْتِقَاطُ الْمَنْبُوذِ فَرْضُ كِفَايَةٍ ، وَيَجبُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ في الأَصَحِّ ،

كِتَابُ اللَّقِيطِ

فعيل بمعنى مفعول كجريح وقتيل ، ويسمى ملقوطاً باعتبار أنه يلقط ، ومنبوذاً باعتبار أنه ينبذ إذا ألقي في الطريق ونحوه ، ويسمى دعياً أيضاً(١) . والأصل فيه مع ما يأتي قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة : ٢] وقوله تعالى ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج : ٧٧] وأركان اللقيط الشرعي ثلاثة : التقاط ، ولقيط ، وملتقط . وقد بدأ بالركن الأوّل فقال (التقاط) أي أخذ (المنبوذ) بالمعجمة (فرض كفاية) لقوله تعالى ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾ [المائدة : ٣٢] إذ بإحيائها يسقط الحرج عن الناس فإحياؤهم بالنجاة من العذاب ؛ ولأنه آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام غيره ، بل أولى ؛ لأن البالغ العاقل ربما احتال لنفسه وفارق اللقطة ، حيث لا يجب التقاطها بأن المغلب عليها الاكتساب والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه ، فلو لم يعلم بالمنبوذ إلا واحد لزمه أخذه ، فلو لم يلتقطه حتى علم به غيره فهل يجب عليهما ، كما لو علما معاً أو على الأوّل فقط ؟ أبدى ابن الرفعة فيه احتمالين . قال السبكي : والذي يجب القطع به أنه يجب عليهما (ويجب الإشهاد عليه) أي التقاطه (في الأصح) وإن كان ظاهر

---

(١) اللقيط لغة : ما يُلقط أي يُرفع من الأرض وقد غلب على الصبي المنبوذ ، وفي الصحاح المنبوذ : الصبي الذي تلقيه أمه في الطريق .
انظر : الصحاح ٥٧١/٢ ، والمصباح المنير ٢٥٨/٢ ، والمغرب ٢٤٧/٢ .
اصطلاحاً :
عرّفه الحنفية بأنه : اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا .
عرّفه المالكية بأنه : صغير آدمي لم يعرف أبوه ولا رقه .
عرّفه الحنابلة بأنه : طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضل عن الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز على الصحيح من المذهب ، وقيل المميز لقيط .
انظر : شرح فتح القدير ١٠٩/٦ ـ ١١٠ ، نهاية المحتاج ٤٤٢/٥ ، كشاف القناع ٢٢٦/٤ .

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ وِلَايَةُ الِالْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ ، وَلَوِ الْتَقَطَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ انْتُزِعَ مِنْهُ ، فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقَرَّهُ عِنْدَهُ أَوِ الْتَقَطَ بِإِذْنِهِ فَالسَّيِّدُ الْمُلْتَقِطُ ،

العدالة خوفاً من أن يسترقه . والثاني : لا يجب اعتماداً على الأمانة كاللقطة . وأجاب الأوّل بأن الغرض منها المال ، والإشهاد في التصرّف المالي مستحب ومن اللقيط حريته ونسبه فوجب الإشهاد كما في النكاح ، وبأن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ، ولا تعريف في اللقيط ويجب الإشهاد أيضاً على ما معه تبعاً له ولئلا يتملكه ، وقيد الماوردي وجوب الإشهاد عليه وعلى ما معه بالملتقط بنفسه . أما من سلمه الحاكم له فالإشهاد مستحب له فقط . قال شيخنا : وهو ظاهر . وأما الركن الثاني وهو اللقيط فهو صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك لا كافل له معلوم ولو مميزاً لحاجته إلى التعهد ، وإن أفهم التعبير بالمنبوذ آختصاصه بغير المميز . فإن المنبوذ وهو الذي ينبذ دون التمييز ، ونبذه في الغالب إما لكونه من فاحشة خوفاً من العار ، أو للعجز عن مؤنته ، فإن فقد النبذ ردّ إلى القاضي لقيامه مقام كافله فيسلمه إلى من يقوم به ، كما يقوم بحفظ مال الغائبين ، أو وجد له كافل ولو ملتقطاً ردّ إليه ، وخرج بالصبيّ البالغ لاستغنائه عن الحفظ . نعم المجنون كالصبي ، وإنما ذكروا الصبي ؛ لأنه الغالب ، قاله السبكي وغيره . ثم شرع في الركن الثالث وهو الملتقط فقال : (**وإنما تثبت ولاية الالتقاط**) أي حضانة اللقيط (**لمكلف حرّ**) ذكر أو أنثى ، ولكن الإناث أليق بها غنيّ أو فقير (**مسلم**) إن كان اللقيط محكوماً بإسلامه (**عدل**) ؛ لأنها ولاية على الغير فاعتبر فيها الأوصاف المذكورة كولاية القضاء ، فإن كان محكوماً بكفره بالدار فللكافر التقاطه ؛ لأنه من أهل الولاية عليه .

تنبيه : مقتضى كلامهم جواز التقاط اليهودي للنصراني وعكسه وهو كذلك كالإرث وإن قال ابن الرفعة : لم أره منقولاً ، وقوله (**رشيد**) مستغنى عنه بعدل كما يستغنى عن مكلف بعدل ، ومراده العدالة الباطنة والظاهرة ليدخل المستور كما يؤخذ من قوله الآتي ، ويقدم عدل على مستور ، ولا تفتقر ولاية الالتقاط إلى إذن الحاكم ، لكن يستحب دفعه إليه . نعم لو وجده فأعطاه غيره لم يجز حتى يدفعه إلى الحاكم كما قاله الدارمي . ثم شرع في ذكر محترزات ما تقدّم فذكر محترز حرّ في قوله (**ولو التقط**) رقيق (**عبد**) أو أمة مدبر أو معلق عتقه بصفة ، أو أم ولد ، أو مكاتب (**بغير إذن سيده انتزع**) اللقيط (**منه**) ؛ لأن الحضانة تبرع وليس هو من أهلها (**فإن علمه**) أي السيد (**فأقرّه عنده ، أو التقط بإذنه فالسيد**) هو (**الملتقط**) وهو نائبه في الأخذ والتربية إذ يده كيده ، ولا بدّ أن يكون أهلاً للترك

وَلَـوِ الْتَقَطَ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ أَوْ كافِرٌ مُسْلِماً انْتُزِعَ مِنْهُ ، وَلَوِ ازْدَحَمَ اثْنَانِ عَلَى أَخْذِهِ جَعَلَهُ الحَاكِمُ عِنْدَ مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَالْتَقَطَهُ مُنِـعَ الآخَرُ مِنْ مُـزَاحَمَتِهِ ، وَإِنِ الْتَقَطَاهُ مَعاً وَهُمَا أَهْلٌ ، فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ على فَقِيرٍ وَعَدْلٌ على مَسْتُورٍ ،

في يده . قال الماوردي : وهذا قبل الرفع إلى الحاكم . أما بعده فيدفعه إلى من يراه إذ لا حقّ للسيد فيه اهـ وفي الحالة الثانية نظر إذ السيد هو الملتقط ، ولو قال السيد للمكاتب : التقط لي فالسيد هو الملتقط ، وفي المبعض إذا التقط في نوبته وجهان أصحهما عدم الصحة كما قاله الروياني ؛ لأن الحضانة ولاية ، ولا ولاية للمبعض بخلاف اللقطة ، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة أو التقط في نوبة السيد فالتقاطه كالقن كما صرّح به الماوردي ، وذكر محترز مكلف عدل رشيد في قوله **(ولو التقط صبي)** أو مجنون **(أو فاسق أو محجور عليه)** بسفه **(أو كافر مسلماً انتزع منه)** لعدم أهلية الصبي والمجنون وتهمة الفاسق والمحجور عليه بسفه وعدم ولاية الكافر على المسلم والمنتزع منهم هو الحاكم كما قاله شارح التعجيز ، وخرج بمسلم المحكوم بكفره فإنه يقرّ بيده كما مرّ ، وكذا بيد المسلم كما سيأتي **(ولو ازدحم اثنان)** كل منهما أهل لالتقاطه **(على أخذه)** متعلق بازدحم ، وذلك بأن يقول كل منهما : أنا آخذه **(جعله الحاكم عند من يراه منهما أو)** عند من يراه **(من غيرهما)** ؛ لأنه لا حقّ لهما قبل أخذه فيفعل الأحظ له **(وإن سبق واحد)** منهما **(فالتقطه منع الآخر من مزاحمته)** لقوله ﷺ «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ أَحَدٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[1] رواه أبو داود ، وخرج بقوله فالتقطه ما لو سبق إلى الوقوف عنده ولم يأخذه فإنه لا حقّ له **(وإن التقطاه معاً)** أي في زمن واحد وإن لم يجب ذلك في معنى مع ؛ لأنها تأتي بمعنى جميع **(وهما أهل)** لالتقاطه **(فالأصح أنه يقدّم غنيّ على فقير)** ؛ لأنه قد يواسيه بماله ولو تفاوتا في الغنى لم يقدّم أغناهما . نعم لو كان أحدهما بخيلاً والآخر جواداً فقياس تقديم الغني أن يقدّم الجواد ؛ لأن حفظ اللقيط عنده أكثر ، وظاهر أنه يقدم الغنيّ على الفقير وإن كان الغنيّ بخيلاً . والثاني : يستوي الغنيّ والفقير ؛ لأنّ نفقة اللقيط لا تجب على ملتقطه **(و)** يقدّم **(عدل)** باطناً بكونه مزكي عند حاكم **(على مستور)** أي عدل ظاهراً بأن لم يعلم فسقه ولم يعلم تزكيته عند حاكم . أما العدل عند الله فلا يعلمه إلا الله ، ويقدّم الحرّ على

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧١) وابن سعد ٥٢/٧ والبيهقي ١٣٩/١٠ وانظر التلخيص ٦٣/٣ .

فَإِنِ اسْتَوَيَا أُقْرِعَ ، وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِيٌّ لَقِيطاً بِبَلَدٍ فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَادِيَةٍ ، وَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ،

المكاتب لكماله ، والبلدي على البدوي ، ويستوي المسلم والكافر في التقاط المحكوم بكفره ، وقيل : يقدّم المسلم ، وقيل : الكافر ، ولا تقدّم المرأة على الرجل وإن قدّمت في الحضانة .

تنبيه : لو ازدحم على أخذ لقيط ببلد أو قرية ظاعن إلى بادية أو قرية وآخر مقيم فالمقيم أولى ؛ لأنه أرفق به وأحوط لنسبه لا على ظاعن يظعن به إلى بلد أخرى بل يستويان بناء على أنه يجوز للمنفرد نقله إلى بلده كما سيأتي ، واختار المصنف تقديم قروي مقيم بالقرية على بلدي ظاعن ، ونقله عن ابن كج ، لكن منقول الأصحاب أنهما مستويان كما نقله هو تبعاً للرافعي ، ويقدّم حضري على بدوي إذا وجداه بمهلكة ، ويستويان فيه إذا وجداه بمحلة أو قبيلة أو نحو ذلك . قال الأذرعي : ويقدّم البصير على الأعمى ، والسليم على المجذوم والأبرص إن قيل بأهليتهم للالتقاط (فإن استويا) في الصفات المعتبرة وتشاحا (أقرع) بينهما على النص لعدم الأولوية ، ولو كان اللقيط مميزاً واختار أحدهما بخلاف تخيير الصبي المميز بين أبويه لتعويلهم ثم على الميل الناشىء عن الولادة وهو معدوم هنا ولا يهايأ بينهما للإضرار باللقيط ولا يترك في يدهما لتعذر أو تعسر الاجتماع على الحضانة ، وقد كانت القرعة في الكفالة في شرع من قبلنا في قصة مريم ، قال تعالى ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران : ٤٤] أي اقترعت الأحبار على كفالتها بإلقاء أقلامهم ، ولم يرد في شرعنا ما يخالفه ، وتقدّم الكلام على ذلك هل يكون شرعاً أم لا؟ وليس للقارع ترك حقه للآخر وإن خالف في ذلك الماوردي ، كما أنه ليس للمنفرد نقله إلى غيره ، ولو ترك حقه قبل القرعة انفرد به الآخر (وإذا وجد بلدي) أو قروي أو بدوي (لقيطاً ببلد) أو قرية (فليس له نقله إلى بادية) لخشونة عيشها وتفويت العلم والدين والصنعة ، وقيل لضياع النسب ، ولا فرق بين السفر به للنقلة وغيرها كما قاله المتولي وأقرّاه . نعم لو قربت البادية من البلد أو القرية بحيث يسهل المراد منها جاز النقل إليها لانتفاء العلة ، صرّح به في أصل الروضة . ويمتنع أيضاً نقله من بلدة إلى قرية لما مرّ .

تنبيه : البادية خلاف الحاضرة ؛ لأن الحاضرة المدن والقرى والريف ، والقرية هي العمارة المجتمعة فإن كبرت سميت بلداً . وإن عظمت سميت مدينة ، والريف هي الأرض التي فيها زرع وخصب (والأصح أن له) أي الملتقط (نقله) أي اللقيط (إلى بلد آخر) بناء

وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إذَا الْتَقَطَ بِبَلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى بَلَدِهِ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بِبَادِيَةٍ فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَلَدٍ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيٌّ بِبَلَدٍ فَكَالْحَضرِيِّ أَوْ بِبَادِيَةٍ أُقِرَّ بِيَدِهِ ، وَقِيلَ إنْ كانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ لَمْ يُقِرَّ ، وَنَفَقَتُهُ في مَالِهِ الْعَامِّ كَوَقْفٍ على اللُّقَطَاءِ ،

على العلة الأولى سواء كانت وطن الملتقط أم لا سافر إليها لنقلة أم لا كما يقتضيه إطلاقه ، وصرّح به المتولي . والثاني : يمتنع بناء على العلة الثانية .

تنبيه : محل الخلاف عند أمن الطريق وتواصل الأخبار ، فإن كان مخوفاً ، أو انقطعت الأخبار بينهما لم يقرّ اللقيط في يده قطعاً ، ولم يفرق الجمهور بين مسافة القصر ودونها ، وجعل الماوردي الخلاف في مسافة القصر ، وقطع فيما دونها بالجواز ومنعه في الكفاية ، فما عليه الجمهور هو المعتمد (و) الأصح (**أن للغريب**) المختبر أمانته (**إذا التقط ببلد أن ينقله إلى بلده**) بهاء الضمير بخطه للمعنى الأصح لتقارب المعيشة . والثاني : لا ، للمعنى الثاني وهو ضياع النسب .

تنبيه : محل الخلاف في الغريب المختبر أمانته كما مرّ ، فإن جهل حاله لم يقرّ بيده قطعاً مع أن هذه المسألة لا حاجة لذكرها لدخولها في المسألة قبلها ، والنقل من بادية إلى بادية ومن قرية إلى قرية كالنقل من بلد إلى بلد (**وإن وجده**) أي اللقيط بلدي (**ببادية**) في حلة أو قبيلة (**فله نقله إلى**) قرية وإلى (**بلد**) يقصده ؛ لأنه أرفق به . وقيل : وجهان بناء على العلتين ، فإن كانت البادية في مهلكة فله نقله لمقصده قطعاً (**وإن وجده**) قروي أو (**بدوي ببلد فكالحضري**) فإن أراد المقام به أقرّ بيده أو نقله إلى بلد أو بادية فعلى ما تقدّم (**أو**) وجده البدوي (**ببادية أقر بيده**) وإن كان أهل حلته ينتقلون ؛ لأنها في حقه كبلدة أو قرية (**وقيل : إن كانوا ينتقلون للنجعة**) بضم النون وسكون الجيم وهي الانتقال في طلب المرعى وغيره (**لم يقرّ**) ؛ لأن فيه تضييعاً لنسبه ، والبدوي ساكن البادية ، والحضري ساكن الحاضرة ، وهي خلاف البادية ، والبلدي ساكن البلد ، والقروي ساكن القرية (**ونفقته**) أي اللقيط ومؤنة حضانته ليست على الملتقط بل (**في ماله**) كغيره (**العام كوقف على اللقطاء**) والوصية لهم . فإن قيل : كيف يصحّ الوقف عليهم ووجودهم لا يتحقق بخلاف الوقف على الفقراء . أجيب بأن الجهة لا يشترط فيها الوجود وإلا لم يصرف إلى من حدث . فإن قيل : قد يتوقف في هذا الجواب ، ويقال : لا بد من وجود من يمكن الصرف إليه . أجيب بأن الموقوف عليه الجهة ويكفي إمكانها .

أَوِ الخَاصِّ وَهُوَ مَا اخْتَصَّ بِهِ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ وَمَا فِي جَيْبِهِ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدِهِ وَدَنَانِيرَ مَنْثُورَةٍ فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ ،وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ

تنبيه : إضافة المال إلى اللقيط فيه تجوّز فإنه في الحقيقة ليس هو ماله بل مال الجهة العامة ، ولكن المراد أنه يصرف إليه منه وإن لم يكن ملكه لعموم كونه لقيطاً أو موصى له ، وقد يكون المال له بخصوصه كالوقف عليه نفسه أو الهبة أو الوصية له ، ويقبل له القاضي من ذلك ما يحتاج إلى القبول (أو) نفقة اللقيط في ماله (**الخاص ، وهو ما اختص به كثياب ملفوفة عليه**) وملبوسة له كما صرّح به في المحرّر وأسقطه من الروضة لفهمه مما ذكر بطريق الأولى (**ومفروشة تحته**) ومغطى بها ودابة مشدودة في وسطه أو عنانها بيده أو راكباً عليها (**وما في جيبه من دراهم وغيرها**) كذهب وحليّ (**ومهده**) وهو سريره الذي هو فيه (**ودنانير منثورة فوقه و**) منثورة (**تحته**) ؛ لأن له يداً واختصاصاً كالبالغ والأصل الحريّة ما لم يعرف غيرها .

تنبيه : قضية كلام المصنف وغيره التخيير في الإنفاق عليه من العام والخاص وهو كذلك وإن قال في التوشيح : لم أجد فيه نقلاً ، وقال بعض المتأخرين : الأفقه تقديم الخاص فلا ينفق من العام إلا عند فقد الخاص (**وإن وجد في دار**) ونحوها كحانوت ولا يعرف لها مستحق ليس فيها غيره (**فهي**) أي الدار ونحوها (**له**) لليد ولا مزاحم وإن وجد فيها غيره كلقيطين أو لقيط وغيره فهي لهما كما لو كانا على دابة فلو ركبها أحدهما ومسك الآخر زمامها فهي للراكب فقط لتمام الاستيلاء ، وما في الرّوضة عن ابن كج من أنها بينهما . قال الأذرعي : وجه ، والمذهب الصحيح أن اليد للراكب ولو كان على الأرض وزمامها بيده أو مربوطة به فهي له وكل ما على الدابة التي حكم بأنها له له ، ولا يحكم له ببستان وجد فيه في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما رجحه بعض المتأخرين بخلاف الدار ؛ لأن سكناها تصرف ، والحصول في البستان ليس تصرفاً ولا سكنى ، وقضية هذا التعليل أنه إذا كان يسكن عادة يكون كالدار ، ولا يحكم له بضيعة وجد فيها ، كما قال في الروضة ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها .

تنبيه : المراد بكون ما ذكر له صلاحية التصرّف فيه ودفع المنازع له لا أنه طريق للحكم بصحة ملكه ابتداء ؛ فلا يسوغ للحاكم بمجرّد ذلك أن يقول : ثبت عندي أنه ملكه نبه على ذلك الزركشي (**وليس له**) أي اللقيط (**مال مدفون**) ولو كان (**تحته**) وفيه رقعة

وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتِعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي الأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَامَ المُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضاً ،

مكتوب فيها أن الدفين له ؛ لأن الكبير العاقل لو كان جالساً على أرض تحتها دفين لم يحكم له به ، وحكم هذا المال إن كان من دفين الجاهلية فركاز وإلا فلقطة . نعم إن حكم بأن المكان له فهو له مع المكان كما صرّح به الدارمي وغيره . قال الأذرعي : ولو وجد خيط متصل بالدفين مربوط ببعض بدنه أو ثيابه وجب الجزم بأنه يقضى له به ، ولا شك فيه إذا انضمت الرقعة إليه **(وكذا ثياب وأمتعة)** ودابة **(موضوعة بقربه)** ليست له **(في الأصحّ)** ؛ لأن يده لا تثبت إلا على ما اتصل به ، بخلاف الموجود بقرب المكلف فإنه يحكم بملكه له ؛ لأن له رعاية . والثاني : أنها له عملاً بالظاهر ، وعلى الأوّل لو حكم بأن المكان له كان ذلك له مع المكان كما يؤخذ مما مرّ ، وصرّح به المصنف في نكته وخرج بقربه البعيدة عنه فلا تكون له جزماً .

تنبيه : لم يتعرضوا لضبط القرب . قال السبكي : والمحال عليه فيه العرف **(فإن لم يعرف له)** أي اللقيط **(مال)** عام ولا خاص **(فالأظهر أنه ينفق عليه من بيت المال)** من سهم المصالح بلا رجوع كما صرّح به في الرّوضة ؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه استشار الصحابة رضي الله عنهم في ذلك ، فأجمعوا على أنها في بيت المال ، وقياساً على البالغ المعسر بل أولى . والثاني : المنع بل يقترض عليه من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له مال **(فإن لم يكن)** في بيت المال شيء أو كان وثم ما هو أهم من ذلك كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك أو حالت الظلمة دونه اقترض له الإمام من المسلمين في ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام فإن تعذر الاقتراض **(قام المسلمون بكفايته قرضاً)** بالقاف بخطه حتى يثبت لهم الرجوع بما أنفقوا على اللقيط ويقسطها الإمام على الأغنياء منهم ويجعل نفسه منهم ، فإن تعذر استيعابهم لكثرتهم قسطها على من رآه منهم باجتهاده ، فإن استووا في اجتهاده تخير ، فإن ظهر له سيد رجعوا عليه أو ظهر له إذا كان حرًّا مال أو اكتسبه فالرجوع عليه أو قريب رجع عليه . فإن قيل : نفقة القريب تسقط بمضي الزمان فكيف يطالب بها قريبه ؟ . أجيب بأن النفقة وقعت قرضاً بإذن الحاكم والحاكم إذا اقترض النفقة على من تلزمه ثبت الرجوع بها ، ولا تسقط بمضي الزمان كما صرّح به المصنف وغيره في بابها ، فإن لم يظهر له مال ولا قريب ولا كسب ولا للرقيق سيد ، فالرجوع على بيت المال من سهم الفقراء أو الغارمين بحسب ما يراه الإمام ، وإن حصل في بيت المال شيء قبل بلوغه ويساره قضى منه ، وإن

وَفي قَوْلٍ نَفَقَةً ، وَلِلْمُلْتَقِطِ الاِسْتِقْلالُ بِحِفْظِ مَالِهِ في الأَصَحِّ وَلاَ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إلاَّ بِإِذْنِ الْقَاضِي قَطْعاً .

فصل

إذَا وُجِدَ لَقِيطٌ بِدَارِ الإِسْلاَمِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ أَوْ بِدَارٍ فَتَحُوهَا وَأَقَرُّوهَا بِيَدِ كُفَّارٍ صُلْحاً أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِجِزْيَةٍ ،

حصل له مال مع بيت المال معاً فمن ماله وسواء فيما ذكر اللقيط المحكوم بإسلامه أم بكفره على الأصحّ ، وإن صحح في الكفاية خلافه تبعاً للماوردي (**وفي قول**) يقوم المسلمون بكفايته (**نفقة**) ؛ لأنه محتاج عاجز ، وإن قام بها بعضهم اندفع الحرج عن الباقين .

تنبيه : قوله : قرضاً ونفقة منصوبان بنزع الخافض : أي بالقرض والنفقة أو على التمييز : أي من جهة القرض والنفقة (**وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله**) أي اللقيط (**في الأصحّ**) ؛ لأنه مستقلّ بحفظ المالك فماله أولى ، ومحله كما قال الأذرعي في العدل الذي يجوز إيداع مال اليتيم عنده ، والثاني : يحتاج إلى إذن القاضي ، وعلى الأوّل ليس له مخاصمة من نازعه فيه إلا بولاية من الحاكم (**ولا ينفق عليه منه**) أي من مال اللقيط (**إلا بإذن القاضي**) ؛ لأن ولاية المال لا تثبت لقريب غير الأب والجد فالأجنبي أولى ، فإن أنفق بغير إذنه ضمن وقوله : (**قطعاً**) تبع فيه الإمام ، وليس في الروضة وأصلها بل فيهما وجه حكاه ابن كج أنه إن أنفق بغير إذنه لم يضمن ، ومقتضاه أن إذن القاضي ليس شرطاً ، وقد حكى الرافعي الخلاف في الدعاوى وحكاه الماوردي هنا .

تنبيه : محل وجوب مراجعة الحاكم إذا وجده ، فإن لم يجده أنفق وأشهد وجوباً ، وقول ابن الرفعة : كل مرة فيه حرج ، والظاهر أنه لا يكلف ذلك ، فإن لم يشهد مع الإمكان ضمن .

فصل

في الحكم بإسلام اللقيط أو كفره بتبعية الدار وغيرها (**إذا وجد لقيط بدار الإسلام**) بأن سكنها المسلمون (**و**) إن كان (**فيها أهل ذمة**) أو معاهدون ؛ كما قاله الماوردي وغيره (**أو**) وجد لقيطاً (**بدار فتحوها**) ؛ أي المسلمون (**وأقرّوها**) قبل ملكها (**بيد كفار صلحاً**) أي على جهته ، (**أو**) أقرّها المسلمون بيد كفار (**بعد ملكها**) عنوة (**بجزية**) أو كانوا يسكنونها ثم

وَفِيهَا مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ ، وَإِنْ وُجِدَ بِدَارِ كُفَّارٍ فَكافِرٌ إنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ كـأَسِيرٍ وَتَـاجِرٍ فَمُسْلِمٌ في الأَصَحِّ ،

جلاهم الكفار عنها (**وفيها مسلم**) في الصور الأربع يمكن أن يولد للمسلم ذلك اللقيط ، ولو كان المسلم أسيراً منتشراً أو تاجراً أو مجتازاً أو نفاه (**حكم بإسلام اللقيط**) في المسائل الأربع تغليباً للإسلام ، وفي مسند الإمام أحمد والدارقطني «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ» .

تنبيه : قوله : وفيها أهل ذمّة ليس بقيد كما يعلم مما قدّرته تبعاً للرّوضة ، وقضية كلامه أنه يحكم بإسلام اللقيط في دار الإسلام مطلقاً وإن لم يكن فيها مسلم ، وليس مراداً كما يعلم مما قدّرته أيضاً ، فقد قال الدارميّ : إنما يحكم بإسلامه إذا كان في القرية مسلم . أما لو كان جميع من فيها كفاراً فهو كافر ، وقضية كلامه أيضاً أن المعطوف على دار الإسلام ليس دار إسلام وليس مراداً ، فقد صرّح في أصل الرّوضة أن الجميع دار إسلام ، وإذا وجد اللقيط بدار الإسلام ولا مشرك فيها كالحرم ، فهو مسلم ظاهراً وباطناً كما قاله الماوردي وإلا ففي الظاهر (**وإن وجد**) اللقيط (**بدار كفار**) وهي دار الحرب (**فكافر**) ذلك اللقيط (**إن لم يسكنها مسلم**) إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به . ثم إن كان أهل البقعة مللاً جعل من أقربهم إلى الإسلام .

تنبيه : ظاهر كلامه أن المجتاز لا أثر له . لكن قال الفوراني : إذا اجتاز بها مسلم فهو مسلم ، ويؤخذ مما مرّ أنه إن أمكن كونه منه فهو مسلم ، وإلا فلا (**وإن سكنها مسلم كأسير وتاجر**) ، يمكن أن يكون ولده (**فمسلم في الأصحّ**) تغليباً للإسلام ، فإن أنكره ذلك المسلم قبل في نفي نسبه دون إسلامه كما مرّت الإشارة إليه . والثاني : كافر تغليباً للدار .

تنبيه : قال الإمام : الخلاف في أسير ينتشر إلا أنه ممنوع من الخروج من البلد . أما المحبوس في مطمورة فيتجه أنه لا أثر له كما لا أثر للمجتاز اهـ وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم يكن في المحبوسين امرأة ، وحاصله حيث أمكن كونه منه حكم بإسلامه فلا بدّ أن يكون المسلم بها وقت العلوق . أما لو طرقها مسلم ثم بعد شهر مثلاً وجد بها منبوذ لا يحكم بإسلامه لاستحالة كونه منه ، ولو وجد اللقيط ببريّة فمسلم حكاه شارح التعجيز عن جده ، وهو ظاهر إذا كانت برية دارنا أو بريّة لا يد لأحد عليها . أما برية دار الحرب لا يطرقها مسلم فلا ، وولد الذمية من الزنا بمسلم . قال ابن حزم الظاهري : مسلم ، والظاهر كما قال شيخي خلافه ؛ لأن هذا مقطوع النسب عنه ، وسيأتي التنبيه على

وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالدَّارِ فَأَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ لَحِقَهُ وَتَبِعَهُ فِي الْكُفْرِ ، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ فِي الْكُفْرِ ، وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ الصَّبِيِّ بِجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لَا تُفْرَضَانِ فِي لَقِيطٍ : إِحْدَاهُمَا الْوِلَادَةُ ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِماً وَقْتَ الْعُلُوقِ فَهُوَ مُسْلِمٌ ، فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْراً فَمُرْتَدٌّ ، وَلَوْ عَلِقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ،

ذلك (و) تبعية الدار ضعيفة وحينئذ (**من حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمي**) أو معاهد أو مستأمن كما قاله الزركشي (**بينة بنسبه لحقه**) ؛ لأنه كالمسلم النسب (**وتبعه في الكفر**) وارتفع ما ظنناه من إسلامه ؛ لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوى من اليد المجرّدة ، هذا إن شهد عدلان ، وإن شهد أربع من النسوة ، ففي الحكم بتبعيته في الكفر وجهان حكاهما الدارمي ، وكذا لو ألحقه القائف ، ويؤخذ من العلة التبعية ومن قوله (**وإن اقتصر على الدعوى**) بأنه ابنه (**فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر**) وإن لحقه في النسب لأنا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بمجرّد دعوى كافر ، ويجوز كونه ولده من مسلمة بوطء شبهة ويحال بينهما كما يحال بين الصبي المميز إذا وصف الإسلام وبين أبيه . وسيأتي هل ذلك واجب أو مندوب . والطريق الثاني فيه قولان : ثانيهما : يتبعه في الكفر كالنسب (**ويحكم**) أيضاً (**بإسلام الصبي بجهتين أخريين**) غير تبعية الدار (**لا تفرضان في اللقيط**) وإنما ذكرا في بابه آستطراداً (**إحداهما**) وهي أقواهما (**الولادة ، فإذا كان أحد أبويه مسلماً وقت العلوق فهو**) أي الصبي : أي الصغير الشامل للأنثى والخنثى (**مسلم**) بإجماع وتغليباً للإسلام ، ولا يضر ما يطرأ بعد العلوق منهما من ردة (**فإن بلغ**) الصغير المسلم بالتبعية لأحد أبويه (**ووصف كفراً**) بأن أعرب به عن نفسه كما في المحرر (**فمرتدّ**) ؛ لأنه مسلم ظاهراً وباطناً (**ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما**) قبل بلوغه (**حكم بإسلامه**) حالاً سواء أسلم أحدهما قبل وضعه أم بعده قبل تمييزه أم بعده وقبل بلوغه لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَأَتْبَعْنَاهُمْ ذُرِّيَاتِهِمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَاتِهِمْ﴾ .

تنبيه : قول المصنف : ثم أسلم أحدهما يوهم قصره على الأبوين ، وليس مراداً بل في معنى الأبوين الأجداد والجدات وإن لم يكونوا وارثين وكان الأقرب حياً . فإن قيل إطلاق ذلك يقتضي إسلام جميع الأطفال بإسلام أبيهم آدم عليه الصلاة والسلام . أجيب بأن الكلام في جدّ يعرف النسب إليه بحيث يحصل بينهما التوارث وبأن التبعية في اليهودية

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْراً فَمُرْتَدٌّ ، وَفِي قَوْلٍ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ . الثَّانِيَةُ إِذَا سَبَى مُسْلِمٌ طِفْلاً تَبِعَ السَّابِيَ فِي الإِسْلَامِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ ،

والنصرانية حكم جديد ، وإنما أبواه يهوّدانه أو ينصرانه ، والمجنون المحكوم عليه بكفره كالصغير في تبعية أحد أصوله في الإسلام إن بلغ مجنوناً ، وكذا إن بلغ عاقلاً ثم جنّ في الأصحّ ، وتقدّم عن ابن حزم الظاهري أن المسلم إذا زنى بكافرة يكون الولد مسلماً يردّه قولهم : أسلم أحد أبويه ، وهذا ليس كذلك ، ويدخل في قول المصنف : بين كافرين الأصليان والمرتدّان على ترجيحه من أن ولد المرتدّين مرتدّ كما سيأتي في كتاب الردّة . أما على ترجيح الرافعي من أنه مسلم فلا يدخل ذلك (**فإن بلغ ووصف**) بعد بلوغه (**كفراً فمرتدّ**) في الأظهر لسبق الحكم بإسلامه فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتدّ (**وفي قول كافر أصلي**) ؛ لأنه كان محكوماً بكفره وأزيل ذلك بالحكم بالتبعية ، فإذا استقلّ انقطعت فيعتبر بنفسه .

تنبيه : محلّ الخلاف المذكور إذا لم يصدر منه بعد البلوغ وصف الإسلام ، فإن وصفه ثم وصف الكفر فمرتد قطعاً ، وعلى القول الأول لا تنقض الأحكام الجارية عليه قبل الحكم بردته من إرث وغيره من الأحكام حتى لا يردّ ما أخذه من تركة قريبه المسلم ، ولا يأخذ من تركة قريبه الكافر ما حرمناه منه ، ولا يحكم بأن إعتاقه عن الكفارة لم يقع مجزئاً ؛ لأنه كان مسلماً باطناً وظاهراً بخلاف ما إذا قلنا : إنه كافر أصلي ، فإن مات قبل البلوغ وقبل الإفصاح بشيء لم ينقض ما حكم به من أحكام إسلامه في الصبا ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه كافر أصلي لو أقرّ بالكفر وإن حكم بإسلامه تبعاً للدار فبلغ وأفصح بالكفر فأصلي لا مرتدّ فيقرّ على كفره وينقض ما أمضيناه من أحكام الإسلام مما جرى في الصغر وبعد البلوغ وقبل الإفصاح بشيء ، وهذا معنى قولهم : تبعية الدار ضعيفة الجهة (**الثانية : إذا سبى مسلم طفلاً**) أو مجنوناً (**تبع السابي**) له (**في الإسلام**) فيحكم بإسلامه ظاهراً وباطناً (**إن لم يكن معه أحد أبويه**) ؛ لأنه له عليه ولاية وليس معه من هو أقرب إليه منه فتبعه كالأب . قال الإمام : وكأن السابي لما أبطل حريّته قلبه قلباً كلياً ، فعدم عما كان وافتتح له وجود تحت يد السابي وولاية فأشبه تولده بين الأبوين المسلمين ، وسواء أكان السابي بالغاً عاقلاً أم لا . أما إذا سبي مع أحد أبويه فإنه لا يتبع السابي جزماً ومع كون أحد أبوي الطفل معه أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة لا أن مالكهما واحد بل يتبع أحد أبويه في دينه وإن اختلف

وَلَـوْ سَبَاهُ ذِمِّيٌّ لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فِي الأَصَحِّ ، وَلَا يَصِحُّ إِسْلَامُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ اسْتِقْلَالاً عَلَى الصَّحِيحِ .

سابيهما ؛ لأن تبعية الأصل أقوى من تبعية السابي فكان أولى بالاستتباع ، ولا يؤثر موت الأصل بعد ، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي (**ولو سباه ذمي**) وحمله كما قال البغوي إلى دار الإسلام أو مستأمن كما قاله الدارمي (**لم يحكم بإسلامه في الأصحّ**) ؛ لأن كونه من أهل دار الإسلام لم يؤثر فيه ولا في أولاده فكيف يؤثر في مسبيه ؛ ولأن تبعية الدار إنما تؤثر في حق من لا يعرف حاله ولا نسبه . نعم هو على دين سابيه كما ذكره الماوردي وغيره . والثاني : يحكم بإسلامه تبعاً للدار .

تنبيه : استشكل حكاية المصنف الخلاف بأنّ الذمي إذا آنفرد بأخذه بأن سرقه وقلنا : يختص به ولا يخمس فينبغي القطع بالأصح ، وإن قلنا : إنه غنيمة للمسلمين وهو المذهب ويد الذمي نائبة عنهم ، فينبغي القطع بإسلامه . وجوّز ابن الرفعة جريان الخلاف في هذه الحالة لتعارض يده وحقهم ، ولو سباه مسلم وذمي حكم بإسلامه تغليباً لحكم الإسلام ، ذكره القاضي وغيره ولو سبى الذمي الصبي أو المجنون وباعه لمسلم ، أو باعه المسلم الذي سباه مع أحد أبويه في جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشتري لفوات وقت التبعية ؛ لأنها إنما تثبت ابتداء ، ولو بلغ المحكوم بإسلامه تبعاً للسابي ووصف كفراً كان كالمحكوم بإسلامه تبعاً لأحد أصوله ، ولو جنى اللقيط المحكوم بإسلامه خطأ أو شبه عمد فموجبها في بيت المال ، إذ ليس له عاقلة خاصة أو عمداً وهو بالغ عاقل اقتص منه وإلا فالدية مغلظة في ماله كضمان ماله أتلفه ، فإن لم يكن مال ففي ذمته ، وإن قتل خطأ أو شبه عمد ففيه دية كاملة عملاً بظاهر الحريّة توضع في بيت المال ، وأرش طرفه له ، وإن قتل عمداً فللإمام أن يعفو على مال لا مجاناً ؛ لأنه خلاف مصلحة المسلمين أو يقتصّ لا بعد البلوغ وقبل الإفصاح بالإسلام ، بل تجب ديته كما صححه المصنف وصوّبه في المهمات ، ويقتص لنفسه في الطرف إن أفصح بالإسلام بعد بلوغه فيحبس قاطعه قبل البلوغ له إلى البلوغ والإفاقة ، ويأخذ الوليّ ولو حاكماً لا وصيّ الأرش لمجنون فقير لا لغنيّ ولا لصبيّ غنيّ أو فقير ، فلو أفاق المجنون وأراد ردّ الأرش ليقتصّ منه منع . ولما فرغ المصنف من إسلام التبعية شرع في إسلام المباشرة فقال : (**ولا يصح إسلام صبيّ مميز استقلالاً على الصحيح**) المنصوص في القديم والجديد كما قاله الإمام ، لأنه غير مكلف فأشبه غير المميز والمجنون وهما لا يصح إسلامهما اتفاقاً كما سيأتي ؛ ولأن نطقه بالشهادتين إما خبر وإما

فصـــل

إِذَا لَمْ يُقِرَّ اللَّقِيطُ بِرِق فَهُوَ حُرٌّ

إنشاء ، فإن كان خبراً فخبره غير مقبول ، وإن كان إنشاء فهو كعقوده وهي باطلة . والثاني : يصح إسلامه حتى يرث من قريبه المسلم ، لِأَنَّهُ ﷺ دَعَا عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ إِلَى الإِسْلَامِ قَبْلَ بُلُوغِهِ فأجابه ؛ ولأنه لا يلزم من كونه غير مكلف به أنه لا يصح منه كالصلاة والصوم وسائر العبادات . قال المرعشي : وهو الذي أعرفه في مذهب الشافعي وأجاب الأوّل عن قصة عليّ رضي الله تعالى عنه بأنه كان بالغاً عند إسلامه كما نقله القاضي أبو الطيب عن الإمام أحمد رضي الله تعالى عنه فعلى تقدير ثبوته فلا كلام ، وعلى عدم تقديره فقد ذكر البيهقي في المعرفة أن الأحكام إنما صارت معلقة بالبلوغ بعد الهجرة . قال السبكي : وهو صحيح ؛ لأن الأحكام إنما أنيطت بخمسة عشر عام الخندق ، فقد تكون منوطة قبل ذلك بسنّ التمييز والقياس على الصلاة ونحوها لا يصح ؛ لأن الإسلام لا يتنفل به ، وعلى هذا يحال بينه وبين أبويه الكافرين لئلا يفتنوه ، وهذه الحيلولة مستحبة على الصحيح في الشرح والروضة هنا فيتلطف بوالديه ليؤخذ منهما ، فإن أبيا فلا حيلولة ، وقيل : إنها واجبة ، واختاره السبكي احتياطاً للإسلام ولا نمنعه من الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات كما قاله الزركشي أخذاً من كلام الشافعي ويدخل بإسلامه الجنة إذا أسره كما أظهره ، ويعبر عنه بصحة إسلامه باطناً لا ظاهراً : أي بالنسبة إلى الآخرة دون الدنيا ، فإن بلغ ثم وصف الكفر هدّد وطولب بالإسلام ، فإن أصرّ ردّ إليهما ، واحترز المصنف بالمميز عن غيره من صبي ومجنون فلا يصح إسلامهما قطعاً وإنه يصح إسلام المكلف بالنطق للناطق ، والإشارة للعاجز عن النطق قطعاً ، وكالمكلف المتعدّي بسكره ، وفي أطفال الكفار إذا ماتوا ولم يتلفظوا بالإسلام خلاف منتشر ، والأصح أنهم يدخلون الجنة ؛ لأن كل مولود يولد على الفطرة ، فحكمهم حكم الكفار في الدنيا ، فلا يصلي عليهم ، ولا يدفنون في مقابر المسلمين ، وحكمهم حكم المسلمين في الآخرة لما مرّ .

فصل : فيما يتعلق برقّ اللقيط وحريّته واستلحاقه

(**إذا لم يقرّ اللقيط برقّ فهو حرّ**) ؛ لأن الغالب في الناس الحريّة ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، لكن قال الشافعي : لو قذفه قاذف لم أحدّه حتى أسأله ، فإن قال أنا حرّ حددت قاذفه . وقال البلقيني : لو وجد في دار الحرب ولا مسلم فيه ولا ذمي فهو رقيق

إِلَّا أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ ،وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ قُبِلَ إِنْ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ ، وَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نُفُوذُهُ حُرِّيَّةً كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ بَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ المُسْتَقْبَلَةِ لَا المَاضِيَةِ المُضِرَّةِ بِغَيْرِهِ

كسائر صبيانهم ونسائهم ، ويحمل كلامهم على دار الإسلام . قال : ولم أرَ من تعرّض له انتهى ، وهو ظاهر المعنى ، وعلى هذا فتستثنى هاتان الصورتان من كلام المصنف مضافتين إلى قوله (**إلا أن يقيم أحد بينة برقه**) وتتعرّض لسبب الملك كما سيأتي فيعمل بها (**وإن أقرّ**) اللقيط المكلف (**به**) أي الرّق (**لشخص فصدّقه قبل أن لم يسبق**) منه (**إقرار بحريّة**) كسائر الأقارير ، وخرج بصدقه ما لو كذبه فإن الرق لا يثبت ولو صدّقه بعد ذلك ، وبلم يسبق ما لو سبق إقراره بحريّة بعد البلوغ فلا يقبل إقراره بعده على الأصح المنصوص ، لأنه بالإقرار الأوّل التزم أحكام الأحرار فلا يملك إسقاطها . فإن قيل : لو أنكرت المرأة الرجعة ثم أقرّت بها فإنها تقبل ، فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب بأن دعواها الرجعة مستندة إلى أصل وهو عدم انقضاء العدّة وجعل الشارع القول قولها في انقضاء العدّة إثباتاً وقد اعترفت بالخيانة ، وإقرار اللقيط مخالف للأصل وهو الحريّة وقد تأكد بالإقرار بالحريّة . فإن قيل : يرد على المصنف ما لو أقرّ بالرق لزيد فكذبه فأقرّ به لعمرو فإنه لا يقبل إقراره ولو صدّقه عمرو ، وهذا لم يسبق منه إقرار بحريّة . أجيب بأن إقراره الأوّل يتضمن نفي الملك لغيره ، فإذا كذبه المقرّ له خرج عن كونه مملوكاً له أيضاً فصار حرّ الأصل والحريّة مظنة حقوق الله تعالى والعباد فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني .

تنبيه : سكتوا عن اعتبار الرشد هنا في المقرّ ، وينبغي كما قال الزركشي اعتباره كغيره من الأقارير ، فلا يقبل اعتراف الجواري بالرق كما حكي عن ابن عبد السلام ؛ لأن الغالب عليهنّ السفه وعدم المعرفة . قال الأذرعي : وهذه العلة موجودة في غالب العبيد ، لا سيما من قرب عهده بالبلوغ (**والمذهب أنه لا يشترط**) في صحة الإقرار بالرق (**أن لا يسبق**) منه (**تصرّف يقتضي نفوذه**) بمعجمة بخطه (**حريّة كبيع ونكاح**) وغيرهما ، (**بل**) بعد التصرّف بشيء من المذكورات (**يقبل إقراره في أصل الرق و**) في (**أحكامه المستقبلة**) مطلقاً فيما له وعليه . أما فيما له فقياساً على إقرار المرأة بالنكاح فإنه يصح على الجديد وإن تضمن ثبوت حق لها . وأما فيما عليه فلأنه أقرّ بحق عليه فيؤاخذ به كسائر الأقارير ، وفي قول من الطريق الثاني لا يقبل فتبقى أحكام الحريّة (**لا**) الأحكام (**الماضية المضرّة بغيره**) ؛

فِي الأَظْهَرِ ، فَلَوْ لَزِمَهُ دَيْنٌ فَأَقَرَّ بِرِقٍّ وَفِي يَـدِهِ مَالٌ قُضِيَ مِنْـهُ ، وَلَوِ ادَّعَى رِقَّهُ

فـلا يقبل إقـراره بالنسبـة إليها (**في الأظهـر**) كما لا يقبـل إقـراره على الغيـر بـدين ونحـوه . والثاني : يقبل ؛ لأنه لا يتجزأ ويصيـر كقيام البينـة ، وفرّع المصنف على الأظهـر قولـه (**فلو لزمه**) أي اللقيط (**دين فأقرّ برق**) أو ادّعى شخص رقه (**وفي يده مال قضى**) الـدين (**منه**) ولا يجعل للمقرّ له إلا ما فضل عن الدين ، فإن بقي من الدين شيء اتبع به بعد عتقه ولا يقضي منـه على الثاني ، بـل المال للمقـر له ويبقى الـدين في ذمة المقـر . أما الأحكـام الماضيـة المضرّة به فيقبل إقراره بالنسبة إليها جزماً .

تنبيـه : لـو نكح ثم أقـر بالـرق فإن كـان أنثى لم ينفسـخ النكـاح بـل يستمـر ويصيـر كالمستوفى المقبوض ؛ لأن انفساخه يضرّ الزوج فيما مضى سواء أكان الـزوج ممن يحلّ لـه نكاح الأمة أم لا كالحرّ إذا وجد الطول بعد نكاح الأمة ، لكن للزوج الخيار في فسخ النكاح إن شرطت الحريّة فيه لفوات الشرط ، فإن فسخ بعـد الدخـول بها لـزمه للمقـرّ له الأقـلّ من المسمى ومهر المثل ؛ لأن الزائد منهما يضرّ الـزوج ، وإن أجاز لـزمه المسمى ؛ لأنـه الذي لزمه بزعمه وإن كـان قد سلمـه إليها أجـزأه ، فلو طلقها قبـل الدخـول سقط المسمى ؛ لأن المقرّ له يزعم فساد النكاح وتسلم إلى الزوج تسليم الحـرائر ، ويسـافر بهـا زوجها بغيـر إذن سيدها وأولادها قبل إقرارها بالرق أحرار لظنه حريتها ولا يلزم قيمتهم ؛ لأن قولها غير مقبـول في إلزامه وبعده أرقاء ؛ لأنه وطئها عالماً برقها ، ويلغز بهذه المسـألة فيقـال : لنا حـر تزوّج حرة فأولدها حراً ثم رقيقاً في عقد واحد ، وإذا طلقت تعتـدّ بثلاثـة أقراء ؛ لأن عـدّة الطلاق حق الزوج ، وله الرجعة فيها في الطلاق الـرجعي ، وتعتدّ للوفـاة كالأمـة لعدم تضـرر الزوج بنقصان العدّة ، وإن كان المقر بالرق ذكراً انفسخ نكـاحه ، إذ لا ضـرر على الزوجـة ولزمـه المسمى إن دخل بها ، ونصفه إن لم يدخـل بها ؛ لأن سقـوط ذلك يضـرها ، وحينئـذ يؤدّيه مما في يده أو من كسبه في الحال والاستقبـال ، وإن لم يوجـد بقي في ذمته إلى أن يعتق ، ولو جنى على غيره عمداً ثم أقر بالرق اقتص منه حراً كان المجني عليه أو رقيقـاً ، وإن جنى خطأ أو شبه عمد قضى الأرش مما بيده . فإن قيل : الأرش لا يتعلق بما في يد الجاني حـراً كان أو رقيقاً . أجيب بأن الرق لما أوجب الحجر عليه اقتضى التعلق بما في يـده كالحـرّ إذا حجر عليه بالفلس ، فإن لم يكن معه شيء تعلق الأرش برقبته ، وإن أقر بالرق بعدما قطعت يده مثلاً عمداً اقتص من الرقيق دون الحر ؛ لأن قوله مقبول فيما يضره أو بعدما قـطعت خطأ وجب الأقلّ من نصفي القيمة والدية لأن قبول قوله في الزائـد يضر بـالجاني (**ولـو ادّعى رقه**

مَنْ لَيْسَ في يَدِهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ لَمْ يُقْبَلْ ، وَكَذَا إِنِ ادَّعَاهُ المُلْتَقطُ في الأَظْهَرِ ، وَلَوْ رَأَيْنَا صَغيراً مُمَيِّزاً أَوْ غَيْرَهُ في يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّهُ وَلَمْ يُعْرَفِ اسْتِنَادُهَا إِلَى الإِلْتِقَاطِ حُكِمَ لَهُ بِالرِّقِّ ، فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ أَنَا حُرٌّ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ في الأَصَحِّ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ،

من ليس في يده بلا بينة لم يقبل) جزماً إذ الظاهر الحرية ، فلا تترك إلا بحجة بخلاف النسب فإن في قبوله مصلحة للصبيّ وثبوت حق له ، **(وكذا إن أعاده الملتقط)** بلا بينة وأسنده إلى الالتقاط لم يقبل أيضاً **(في الأظهر)** ؛ لأن الأصل الحريّة ، فلا تزال بمجرّد الدعوى . والثاني : يقبل ويحكم له بالرّقّ كما في يد غير الملتقط وسيأتي ، وفرّق الأوّل بأن اللقيط محكوم بحريّته ظاهراً بخلاف غير ، ولو ادّعى على اللقيط الرّقّ ، فأنكر كونه له ثم أقرّ له بالرّقّ قبل ، فإن أنكر كان للمدّعي تحليفه ، فإن كان أنكر أصل الرّقّ ثم أقرّ له لم يقبل ولم يحلف ؛ لأن التحليف لطلب الإقرار وإقراره غير مقبول ، ولو قذف شخص لقيطاً كبيراً أو جنى عليه ولو صغيراً جناية توجب قصاصاً وادّعى أنه رقيق فأنكر فالقول قول اللقيط بيمينه ؛ لأن الأصل الحريّة فيجب الحدّ على القاذف في الأولى والقصاص على الجاني في الثانية ، ومتى كان اللقيط قاذفاً وآدّعى الرّقّ حدّ حدّ الأحرار ، إذ لا يقبل إقراره فيما يضرّ بغيره في الماضي **(ولو رأينا صغيراً مميزاً أو غيره في يد من يسترقه)** بادّعائه رقه **(ولم يعرف آستنادها إلى الالتقاط)** ولا غيره **(حكم له بالرّقّ)** بدعواه على الصحيح في الروضة عملاً باليد والتصرف بلا معارض ، ويحلف وجوباً على الأصح المنصوص ، وقيل : ندبا ، وقيل : لا يحكم بالرق كاللقيط ، فعلى الأوّل لا يؤثر تكذيب المميز .

تنبيه : أفهم قوله : ولم يعرف الخ أن الملتقط لو أقام بينة على أنه كان في يده قبل التقاطه حكم له به ، وهو ما في الروضة كأصلها عن البغوي ، ثم قالا : لكن روى ابن كج عن النص أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك اهـ وهذا أظهر **(فإن بلغ)** اللقيط بعد الحكم برقه **(وقال : أنا حر الأصل لم يقبل قوله في الأصح إلا ببينة)** بالحرية ؛ لأنا قد حكمنا برقه في صغره فلا نزيله إلا بحجة ، وله تحليف السيد ، كما نقلاه عن البغوي وأقرّاه . والثاني : يقبل قوله ؛ لأنه الآن من أهل القول إلا أن يقيم المدّعي بينة برقه ، ولا فرق في جريان الخلاف بين أن يدّعي في الصغر ملكه ويستخدمه ثم يبلغ وينكر وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ ثم يدّعي ملكه وينكر المستخدم كما صرح به الرافعي في الدعاوى ، ولو أقرّ بالرق لغير سيده لم يقبل ، والمجنون البالغ كالصبي فيما ذكر ، وإفاقته كبلوغه .

وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِـرِقِّهِ عُمِلَ بِهَا ، وَيُشْتَـرَطُ أَنْ تَتَعَرَّضَ البَيِّنَـةُ لِسَبَبِ المِلْكِ ، وفي قَوْلٍ يَكْفِي مُـطْلَقُ المِلْكِ وَلَوِ اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ لَحِقَـهُ

فـرع : لو رأينا صغيرة في يد رجـل يدّعي نكـاحها وبلغت وأنكـرت قبل قـولها وعلى المدّعي البينة ، وهل يحكم في صغرها بالنكاح . قال ابن الحـدّاد : نعم كالـرق ، والأصح المنع ، وفرق الأصحاب بأن اليـد في الجملة دليل على الملك ، ويجـوز أن يولـد المملوك مملوكاً والنكاح طارىء بكل حـال فيحتاج إلى البينـة **(ومن أقام)** من ملتقط وغيـره **(بينة بـرقه عمل بها)** لظهور فائدتها . سواء أقامها من هو تحت يده أم غيره **(ويشترط أن يتعـرض البينة لسبب الملك)** كإرث وشراء ؛ لئـلا تعتمد ظـاهر اليـد وتكون عن التقـاط **(وفي قول : يكفي مطلق الملك)** كسائر الأموال ، وفرق الأول بأن أمر الرق خطير فاحتيط فيه .

تنبيـه : قضيـة إطلاق المصنف جـريـان الخـلاف في الملتقط وغيـره ، وهي طـريقـة الجمهور كما قاله في الكفاية ، ويكفي في البينة رجل وامرأتان ، إذ الغـرض إثبات الملك ، ومن التعرض إلى سبب الملك أن تشهد البينـة بأن أمتـه ولدتـه وإن لم تقل في ملكـه ؛ لأن الغرض العلم بأن شهادتها لم تستند إلى ظاهر اليد ، وقد حصل ، ولأن الغالب أن ولد أمتـه ملكـه ، وقيل : لا يقبـل حتى تشهد أن أمتـه ولدتـه في ملكه ؛ لأن من اشتـرى جاريـة وقد ولـدت أولاداً صـدق عليـه أن أمتـه ولـدتهم وليسـوا ملكـاً لـه ، فـإذا قـال هـذا انتفى هـذا الاحتمـال ، وهـذا مـا صححـه المصنف في تصحيحـه على وفق مـا يـأتي في الـدعـاوى ، والأصح الأول كما في أصل الروضة ، وجرى عليـه ابن المقري ، وفـرق ابن الرفعـة بين ما هنا وبين ما في الدعاوى بأن ما هنا في اللقيط أي أو نحوه ، والمقصـود فيه معـرفة الـرق من الحرية ، والقصد في الدعاوى تعيين المالك ؛ لأن الرق متفق عليه ، وذلك لا يحصل بكون أمته ولدته ، وفرق ابن العماد بأن اليد نص في الدلالـة على الملك فاشتـرط في زوالها ذكـر ذلك بخلاف الحكم بحرية الولد فإنه ظاهر والرق محتمل ؛ ولهـذا اختلف في وجوب القـود على قاتله لاحتمال الرق ، وإذا اكتفى بالشهادة المذكورة فتكفي شهادة أربع نسوة أنه ولدتـه أمته ؛ لأنها شهـادة بالـولادة ، ويثبت الملك ضمناً شهـدت به أيضـاً أم لا لثبوت النسب في ضمن الشهـادة بالـولادة **(ولو استلحق اللقيط)** المحكـوم بإسـلامه **(حـر)** ذكر **(مسلم لحقـه)** بالشروط السابقة في الإقرار ؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيـره ، فأشبـه ما لـو أقر لـه بمال ، وسواء فيـه الملتقط وغيره الـرشيد والسفيـه ، ويسن للقاضي أن يقـول للملتقط : من

وَصَارَ أولى بِتَـرْبِيَتِهِ ، وَإِنِ اسْتَلْحَقَـهُ عَبْدٌ لَحِقَـهُ ، وَفي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ سَيِّدِهِ ، وَإِنِ اسْتَلْحَقَتْهُ امْرأَةٌ لَمْ يَلْحَقْهَا في الأَصَحِّ ،

أين هـو ولدك من أمتـك أو زوجتك أو شبهـة ، فإنـه قد يتـوهم أن الالتقاط يفيـد النسب بل ينبغي كما قال الزركشي وجوبه إذا كان المستلحق ممن يجهل ذلك احتياطاً للنسب .

تنبيـه : قوله : مسلم لا مفهوم له ، فإن الكلام في لقيط محكوم بإسلامه ، وقد مر أنه يصح للكافر حينئذ استلحاقه لكن لا يتبعه في الكفر . قال ابن الرفعـة : ولو كـان للمستلحق امـرأة فأنكـرت أنه ابنهـا لم يلحقها (و) إذا لحقـه (**صار أولى**) أي أحق (**بتـربيته**) من غيـره بمعنى أنه مستحق لها دون غيره ، كقولهم : فلان أحق بماله : يعني أنه لا حق لغيـره فيه ، وقوله : حر لا مفهوم له أيضاً كما يشير إليه قوله (**وإن استلحقه**) أي اللقيط (**عبد لحقه**) لأنـه في النسب كالحر لإمكان حصوله منه بنكـاح أو وطء شبهة ، وإنمـا فصله المصنف عن الحر لأجل قوله : (**وفي قول يشتـرط**) في لحوقـه به (**تصـديق سيده**) فيـه لما فيـه من قطع الإرث المتوهم على تقدير عتقه ، وأجاب الأول بأنه لا عبرة بهذا ؛ لأن من استلحق إبناً وكان له أخ يقبل استلحاقه ، وإذا لحقه بتصديق أو بغيره لا يسلم إليه لعجزه عن نفقتـه ، إذ لا مال لـه ، وعن حضانته ؛ لأنه لا يتفرغ لهـا فيقر في يـد الملتقط وينفق عليه من بيت المـال ، ولو أقـر عبد بأخ أو عم لم يلحقه كما صرحوا به في الإقرار خـلافاً لمـا جرى عليـه ابن المقري تبعـاً لـظاهر كـلام أصله ؛ لأنه يلحق النسب بغيـره ، وشرطـه أن يصـدر من وارث حـائـز . قـال البلقيني : ولعله يتصور فيما إذا كان حال موت الحر حراً ثم استرق لكفره وحرابته ، فإذا أقر به لحق الميت اهـ وهذا بعيد لا ينظر إليه إلا أن ثبت ، ولو استلحق حر عبد غيـره وهو بـالغ عاقل فصدقه لحقه ، ولا عبرة بما فيه من قـطع الإرث المتوهم بـالولاء ، وإن استلحقـه وهو صغير أو مجنون لم يلحقه إلا ببينة كما مر في الإقرار (**وإن استلحقته امرأة**) حرة (**لم يلحقها في الأصح**) إلا ببينة ، وإن كـانت خلية لإمكـانها إقـامة البينـة بالـولادة من طريق المشـاهدة بخـلاف الرجـل ، وحكى ابن المنذر فيـه الإجماع . والثـاني : يلحقها لأنهـا أحـد الأبـوين فصارت كالرجل . والثالث : يلحق الخلية دون المزوجة لبعد الإلحاق بها دونه ، فإن أقامت بينة على دعواها لحقها وكذا زوجها إن شهدت البينة بوضعه على فـراشه وأمكن العلوق منـه وإلا فلا يلحقه ، ولو تنازعت امرأتان لقيطاً أو مجهولاً وأقـامتا بينتين تعـارضتا وعـرض معهما على القائف ، فلو ألحقه بإحداهما لحقها ولحق زوجها بالشـرط المتقدم ، فـإن لم يكن بينة لم يعـرض على القائف لمـا مر أن استلحـاق المرأة إنمـا يصح مـع البينة ، واستلحـاق الأمة

أَوِ اثْنانِ لَمْ يُقَدَّمْ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ على ذِمِّيٍّ وعَبْدٍ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ عُرِضَ على القـائِفِ فَيُلْحِقُ مَنْ أَلحَقَهُ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ أَوْ تَحَيَّرَ أَوْ نَفاهُ عَنْهُمَا أَوْ أَلحَقَهُ بِهِمَا أُمِرَ بـالِانْتِسَابِ بَعْـدَ بُلُوغِهِ إلى مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا ،

يصح بالبينة كالحـرة ، لكن لا يحكم برق الـولد لمـولاها بـاستلحاقهـا لاحتمال انعقـاده حراً بوطء شبهة ، ويصح استلحاق الخنثى على الأصـح عند القـاضي أبي الفرج الـزاز ، ويثبت النسب بقـوله : لأن النسب يحتـاط له ولا يحتـاط عليه ، فـإن اتضحت ذكورتـه بعـد استمـر الحكم أو أنوثته فخـلاف المرأة (أو) استلحق اللقيط (اثنـان) أهلان لـلالتقاط بـأن ادعى كل منهمـا نسبه منـه (لم يقدم) منهمـا (مسلم وحر على ذمي) وأولى منـه على كافـر (وعبد) بـل يستويان في ذلك ؛ لأن كلاً منهما لو انفرد كان أهلاً لذلـك ، فلا بـد من مرجـح مما سيـأتي (فـإن لم يكن) لواحـد منهما (بينـة) أو كان لكـل منهما بينـة وتعارضتـا كما سيـأتي (عرض) اللقيط مع المدعيين (على القائف فيلحق من ألحقه به) لأن في إلحاقه أثراً في الانتساب عند الاشتباه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى آخر الدعاوى ، فـإن كان لأحـدهما بينـة قضى بها فإنها تقدم على إلحاق القائف (فإن لم يكن قائف) بأن لم يوجد على دون مسافة القصـر كما ذكره الماوردي ، وحكاه الرافعي في العدد عن الروياني (أو) كان ولكن (تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما) انتظر بلوغه و (أمـر بالانتسـاب بعد بلوغـه إلى من يميل طبعـه) الجبلي (إليه منهما) فلا يكفي فيه مجرد التشهي ، فمن انتسب إليه منهما لحق به لما روى البيهقي بسنـد صحيح «أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا رَجُلاً لاَ يَدْرِي أَيُّهُمَـا أَبُوهُ ، فَقَـالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَـالَى عَنْهُ اتْبَـعْ أَيَّهُمَا شِئْتَ» ولأن طبع الولد يميل إلى والده ويجـد به مـا لا يجد بغيـره ، فلا يكفي انتسـابه وهو صبي ولو مميزاً بخلافه في الحضانة فإنه يخير بين أبويه ؛ لأن اختياره فيها لا يلزم ، بـل له الرجوع عن الأول ؛ لأنه ليس من أهل الأقوال الملتزمة بخـلاف ما هنـا فلا يقبـل رجوعـه عن انتسابه إلى أحدهما وينفقان عليه مدة الانتظار والقرار على من لحقه النسب ، لكن إنمـا يرجع الآخر إذا أنفق بإذن الحاكم كما قيده الرافعي في الباب الثاني من العدد .

تنبيـه : قـول المصنف أمر يقتضي جبره عليه ، وبـه صرح الصيمـري وزاد غيره فـإن امتنع حبس ، هذا فيمن امتنع عناداً . أما من لم يمل طبعه إلى واحد منهمـا فيوقف الأمـر ، فـإن انتسب إلى غيرهمـا وصدقـه ثبت نسبه منـه ، وإذا انتسب إلى أحدهمـا وألحقه القـائف بالآخر قدم القائف ؛ لأنه حجة أو حكم أو ألحقه القائف بأحدهما وأقام الآخر بينة قـدمت ؛ لأنها حجة في كل خصومة ، ولو كانا ولدين فانتسب كل واحد منهمـا لواحـد دام الإشكال ،

وَلَوْ أقاما بَيِّنَتَيْنِ مُتَعارِضَتَينِ سَقَطَتَا في الأظْهَرِ .

فإن رفع أحدهما إلى الآخر قبل قوله بعد بلوغه ، وقوله : أو ألحقه بهما من زيادته من غير تمييز (**ولو أقاما**) على نسبه (**بينتين متعارضتين سقطتا في الأظهر**) وعرض على القائف كما مر إذ لا يمكن العمل بالبينتين لاستحالة كون الولد منهما ؛ ولا يرجح بينة بيد ؛ لأن اليد إنما تدل على الملك لا على النسب . والثاني : لا يسقطان وترجح إحداهما بقول القائف . قال الرافعي : ولا يختلف المقصود على الوجهين وهما مفرعان على قول التساقط في التعارض في الأموال .

خاتمة : لو تداعيا مولوداً فقال أحدهما : وهو ذكر وقال الآخر : هو أنثى فبان ذكراً ففي الشامل يحتمل أن لا تسمع دعوى من قال هو أنثى ؛ لأنه قد عين غيره ويحتمل أن تسمع ؛ لأنه قد يخطىء في الصفة اهـ والأول أظهر ، ولو استرضع ابنه يهودية لها ابن ثم غاب ثم رجع فوجدها ميتة ولم يعرف ابنه من ابنها : أفتى المصنف بأن أمرهما موقوف حتى يتبين الحال ببينة أو قائف ، أو يبلغا فينتسبا انتساباً مختلفاً ، وفي الحال يوضعان في يد مسلم فإن لم توجد بينة ولا قافة وانتسبا إلى واحد دام الوقوف فيما يرجع للنسب ويتلطف بهما ليسلما ، فإن أصرا على الامتناع لم يكرها عليه ، وإذا ماتا دفنا بين مقابر المسلمين والكفار ، وتجب الصلاة عليهما ، وينوي الصلاة على المسلم منهما إن صلى عليهما معاً أو على واحد واحد ، فينوي الصلاة عليه إن كان مسلماً كما علم ذلك من الصلاة على الميت .

كِتَابُ الْجَعَالَةِ

هيَ كَقَوْلِهِ : مَنْ رَدَّ آبِقِي فَلَهُ كَـذَا ، وَيُشْتَرَطُ صِيغَـةٌ تَدُلُّ على

كِتَابُ الْجَعَالَةِ

بتثليث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره ، واقتصر المصنف في تحريره كالجوهري على الكسر ، وابن الرفعة في كفايته على الفتح ، و (هي) لغة اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء وكذا الجعل والجيعلة . وشرعاً التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله (كقوله) أي مطلق التصرف (من) خاط ثوبي هذا قميصاً فله كذا ، أو (رد آبقي) أو آبق زيد (فله كذا) فعرفه المصنف بالمثال وذكرها تبعاً للجمهور بعد باب اللقيط ؛ لأنها طلب التقاط الضالة ، ومنهم من ذكرها عقب الإجارة كصاحب التنبيه والغزالي وتبعهم في الروضة لأنها عقد على عمل ، والأصل فيها قبل الإجماع ، خبر الذي رقاه الصحابي بالفاتحة على قطيع من الغنم كما في خبر الصحيحين عن أبي سعيد الخدري[1] وهو الراقي كما رواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ، والقطيع ثلاثون رأساً من الغنم ويستأنس لها بقوله تعالى ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف : ٧٢] وكان معلوماً عندهم كالوسق ، ولو استدل بالآية لما قدمته في غير هذا الباب أن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا وإن ورد في شرعنا ما يقرر . قال الزركشي : ويستنبط من هذا الحديث جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية ولم يذكروه اهـ وهو ظاهر إن حصل فيه تعب وإلا فلا كما يعلم مما يأتي ، ولأن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع برده ، ولا تصح الإجارة على رده للجهل بمكانه فجازت كالقراض ، واحتمل إبهام العامل فيها لأن القائل ربما لا يهتدي إلى الراغب في العمل . وأركانها أربعة : صيغة وعاقد وعمل وجعل ، وقد بدأ بالأول منها معبراً عنه بالشرط كما مر له في غير هذا المحل فقال (ويشترط) فيها لتتحقق (صيغة) من الجاعل من الصيغ السابقة ونحوها (تدل على) إذن في

---

(١) أخرجه البخاري ١٠/١٩٨ ـ ١٩٩ في الطب «٥٧٣٧» .
وأخرجه مسلم ٤/١٧٢٨ في السلام «٦٦/٢٢٠١» .

العَمَـلِ بِعِوَضٍ مُلْتَـزَمٍ ،فَلَوْ عَمِلَ بِـلا إِذْنٍ أَوْ أَذِنَ لِشَخْصٍ فعَمِلَ غَيـرُه ، فَـلا شَيءَ لَـهُ ، وَلَـوْ قَـالَ أَجْنَبِيٌّ : مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ فَلَهُ كَذَا اسْتَحَقَّهُ الـرَّادُّ على الأَجْنَبِيِّ ،

(العمل) بطلب كقوله : رد عبدي أو عبد فلان ولك كذا أو بشرط كقـوله : إن رددت عبـدي فلك كذا ؛ والصيغة المذكورة في المتن لا دلالة فيها على الإذن في الرد إلا من جهة العرف لا الوضع **(بعوض)** معلوم مقصود **(ملتزم)** بما مر من الصيغ ونحوها ؛ لأنها معاوضة فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبذول ، وإشارة الأخـرس المفهمة تقـوم مقام الصيغـة **(فلو)** رده من علم بإذنه قبل رده استحق الجعل الملتزم سواء أعلمه بواسطة أم بدونهـا . نعم إن قـال : إن رد عبدي من سمـع ندائي فله كـذا فرده من علم نـداءه ولم يسمعه لم يستحق شيئاً وإن عمل طامعاً كما قاله الماوردي ، وإن **(عمل بلا إذن)** كأن عمل قبل النداء فلا شيء له ؛ لأنه عمل متبرعاً وإن كان معروفاً برد الضوالّ ودخل العبد مثـلاً في ضمانـه كما جـزم به الماوردي **(أو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء لـه)** أي لواحـد ممن ذكر . أمـا العامـل بغير إذن فلمـا مر . وأمـا المعين فلم يعمل . نعم إن كـان الغير رقيق المـأذون لـه ورد بعـد علم سيده بالالتزام استحق المأذون له الجعل ؛ لأن يـد رقيقه كيـده ولو قـال من رد آبقي فله كذا فرده من لم يبلغه نداؤه أو قال : إن رده زيد فله كذا فرده زيد غيـر عالم بـإذنه أو أذن لـه في الرد ، ولم يشرط عوضاً أو شرط عوضاً غير مقصود كالدم فلا شيء للراد .

تنبيه : أطلق المصنف أنه إذا لم يذكـر عوضاً ، عدم الاستحقـاق من غير تفصيـل ، وأجـرى جماعـة فيه خـلاف الغسال ونحـوه ، وقـد استحسن المصنـف التفصيـل السـابق في الإجارة ، ويشترط في الصيغة عدم التـأقيت كالقـراض ، فلو قال : من رد آبقي اليـوم ، فله كذا لم يصح ؛ لأنه ربما لا يظفر به في ذلك اليوم . ويؤخذ من التشبيه بالقراض أنه لا يصح تعليقاً ، وهو ظاهر ، وإن لم أرَ من تعرض له **(و)** لا يشترط في الجاعل كونه مالكاً ، وحينئذ **(لو قال أجنبي)** ليس من عادته الاستهزاء والخلاعة كما بحثه الزركشي **(من رد عبـد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبي)** لأنه التزمه وليس الجعل عوض تمليك ، وبهذا خالف الثمن في البيـع حيث لا يجوز إلا ممن يقـع الملك له . فـإن قيل : إنـه لم يلتزمـه بقـولـه علي ، ويحتمل أنه يريد فله كذا على مالكه فيكون فضولياً محضاً فلا يصـح ولا يلزم واحد منهمـا . أجيب بأنهم جعلوه التزام عند الإطلاق ؛ لأنـه سابق إلى الفهم ، وصـور ابن يونس المسـألة بما إذا قاله فله عليّ ، ثم قال : وألحق الأئمة به قـوله فله كـذا وإن لم يقل عليّ لأن ظـاهره التـزام . فإن قيـل : لا يجوز لأحد بهذا القـول وضـع يـده على الآبق بـل يضمن ، فكيف

وَإِنْ قَالَ : قَالَ زَيْدٌ : مَنْ ردَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا وكانَ كاذِباً لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ وَلَا على زَيْدٍ ، وَلا يُشْتَرَطُ قَبُولُ العامِلِ وَإِنْ عَيَّنَهُ ،

يستحق الأجرة ؟ أجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن في ذلك ؛ لأن المالك راض به قطعاً أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء في الرد ، أو يكون للأجنبي ولاية على المالك ، ولو صدق الرادّ المنادي على أمر السيد لم يرجع على المنادي قاله الماوردي .

تنبيه : قد يفهم تعبير المصنف كغيره بالأجنبي أنه لو قال الولي ذلك عن محجور على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أن الرادّ يستحقه في مال المالك بمقتضى قول وليه . قال بعض المتأخرين : وهو واضح ، ولم أرَ من تعرض له اهـ فإن ثبت هذا لم يصح الجواب الأخير عن السؤال الثاني **(وإن قال)** الأجنبي **(قال زيد : من رد عبدي فله كذا وكان)** الأجنبي **(كاذباً لم يستحق)** العامل **(عليه)** أي الأجنبي لعدم التزامه **(ولا على زيد)** إن كذب القائل ، وإن صدقه استحق العامل على زيد إن كان القائل ثقة وإلا فهو كما لو رد عبد زيد غير عالم بإذنه والتزامه فلا شيء له على زيد وإن صدقه كما في أصل الروضة ، فإن أنكر المالك الخير لم تقبل شهادة القائل الثقة عليه ؛ لأنه متهم في ترويج قوله **(ولا يشترط قبول العامل)** لفظاً **(وإن عينه)** الجاعل . أما في غير المعين فلاستحالة طلب جوابه . وأما في المعين فلما فيه من التضييق في محل الحاجة ، وعليه قال القمولي : لو قال لغيره : إن رددت عبدي فلك دينار ، فقال أرده بنصف دينار ، فالوجه القطع باستحقاق الدينار . فإن قيل : قياس ما في الروضة وأصلها في باب الخلع أنه لو قالت له زوجته : طلقني بألف فطلق بخمسمائة فإنه يقع بها أنه يستحق هنا نصف الدينار . أجيب بأن الخلع لما كان فيه شوب معارضة من جهة الزوج وقد رضي ببعض ما شرط له اعتبر . وأما الركن الثاني ، وهو العاقد فيشترط في الملتزم للجعل مالكاً كان أو غيره أن يكون مطلق التصرف ، فلا يصح من صبي ومجنون ومحجور سفه . وأما العامل : فإن كان معيناً اشترط فيه أهلية العمل فيدخل فيه العبد وغير المكلف بإذن وغيره كما قاله السبكي خلافاً لابن الرفعة في العبد إذا لم يأذن له سيده ، ويخرج عنه العاجز عن العمل كصغير لا يقدر عليه ؛ لأن منفعته معدومة فأشبه استئجار الأعمى للحفظ قاله ابن العماد ، وإن كان مبهماً كفى علمه بالنداء . قال الماوردي هنا : لو قال : من جاء بآبقي فله دينار ، فمن جاء به استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد عاقل أو مجنون إذا سمع النداء أو علم به

وَتَصِحُّ على عَمَلٍ مَجْهُولٍ ،وكَـذَا مَعْلُومٍ في الأَصَحّ ،وَيُشْتَـرَطَ كَوْنُ الجُعْلِ مَعْلُوماً ، فَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّهُ فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ أُرْضِيهِ فَسَدَ العَقْدُ ،

لدخولهم في عموم قوله : من جاء ، وهـذا هو المعتمـد خلافـاً لما قـاله في السيـر من عدم استحقاق الصبي والعبد إذا قام به بغير إذن سيده . ثم شرع في الركن الثـالث وهو العمـل ، فقال : (**وتصح**) الجعالة (**على عمل مجهول**) كرد آبقي للحاجة ، ولأن الجعالة إذا احتملت في القرض لحصول زيـادة فاحتمـالها في رد الحـاصل أولى . فـإن قيل إن هـذا قد علم من تمثيله أول البـاب بـرد الآبق . أجيب بـأن ذكـره هنـا لضـرورة التقسيم وأطلق تبعـاً للرافعي صحتها على المجهول ، وهو مخصوص كمـا قال ابن الـرفعة تبعـاً للقاضي حسين بمـا عسر علمه كما مر ، فإن سهل تعين ضبطه ، إذ لا حاجة إلى احتمال الجهالة ففي بناء حـائط يبين طوله وعرضه وارتفاعه وموضعه ومـا يبنى عليه ، وفي الخيـاطة يعتبـر وصف الثوب والخيـاطة (**وكذا**) كل عمل (**معلوم**) يقابل بأجرة كالخياطة والبناء تصح الجعالة عليـه (**في الأصح**) لأنـه إذا جاز مع الجهـالة فمـع العلم أولى ، والثاني المنـع استغناء بـالإجارة ، وسـواء في العمل الواجب وغيره ، فلو حبس ظلماً فبذل مالاً لمن يتكلم في خلاصـه بجاهـه أو بغيره جـاز كما نقله المصنف في فتاويه عن جماعة ، وإن كان هذا العمل فرض كفاية .

تنبيـه : يشترط في العمل : كونه فيه كلفة ، وعلى هذا لو سمـع النداء من المـطلوب في يده فرده وفي الرد كلفة كالآبق استحق الجعل وإلا فلا يستحق شيئاً ؛ لأن ما لا كلفة فيـه لا يقـابل بعـوض ، وشمل كـلامهم ما لـو كان المـال في يده بجهـة تـوجب الـرد كـالغصب والعارية ، وقضيته الاستحقاق بالرد إن كـان فيه كلفـة ، لكن تعليلهم عدم استحقـاق من دل على ما في يد أنه لا يستحق شيئاً ؛ لأن ذلـك واجب عليه شـرعاً يقتضي خـلافه ، وهـذا هو الظاهر كما قاله بعض شراح الكتاب ، ولو جعل لمن أخبره بكذا جعلاً فأخبره بـه لم يستحق شيئاً لأنه لا يحتاج فيه إلى عمـل ، فإن تعب وصـدق في إخباره وكـان للمستخبر غـرض في المخبر به كما صرح به الرافعي في آخر الباب استحق الجعل . ثم شرع في الركن الرابع ، وهـو الجعل ، فقـال (**ويشترط**) لصحـة الجعالـة (**كون الجعـل**) مالاً (**معلومـاً**) لأنـه عـوض كالأجرة ، ولأنه عقد جُوِّز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل والعـامل (**فلو**) كـان مجهولاً ، كـأن (**قال : من رده**) أي عبـدي مثلاً (**فله ثـوب أو أرضية**) أو نحـوه أو كان الجعـل خمراً أو مغصـوباً (**فسـد العقد**) لجهـل الجعل أو نجـاسة عينـه أو عدم القـدرة على

وَلِلرَّادِّ أُجْرَةُ مِثْلِهِ ، وَلَوْ قَالَ مِنْ بَلَدِ كَذَا فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ الْجُعْلِ ، وَلَوِ اشْتَرَكَ اثْنَانِ

تسليمه (**وللرادّ أجرة مثله**) كالإجارة الفاسدة ، واستثنى من هنا صورتان : الأولى : ما إذا قال : حج عني وأعطيك نفقتك فإنه يجوز مع جهالتها كما جزم به الرافعي في الشرح الصغير ، والمصنف في الروضة ، وقيل إن هذه أرزاق لا جعالة ، وإنما يكون جعالة إذا جعله عوضاً ، فقال : حج عني بنفقتك ، وقد صرح الماوردي في هذه الصورة بأنها جعالة فاسدة ، ونص عليه في الأم . الثانية : مسألة العلج ، وستأتي في السير إن شاء الله تعالى .

تنبيه : ولو وصف الجعل بما يفيد العلم استحقه العامل كما جزم به في الأنوار ، ونقله في أصل الروضة عن المتولي . فإن قيل : قد تقرر في البيع والإجارة وغيرهما أن الشيء المعين لا يغني وصفه عن رؤيته ، وحينئذ فله أجرة المثل هنا أجيب بأن تلك العقود عقود لازمة بخلاف الجعالة ، فاحتيط لها ما لم يحتط للجعالة ، ولو قال : من رد رقيقي مثلاً فله ثيابه أو ربعه استحق المشروط إن علمه وإلا فأجرة المثل ، وهل يكفي الوصف في الرقيق أو لتفاوت الأغراض فيه خلاف ، والذي ينبغي أنه إن وصفه بما يفيد العلم الصحة .

فائدة : الاعتبار بأجرة المثل بالزمان الذي حصل فيه كل العمل لا بالزمان الذي حصل فيه التسليم كما قالوه في المسابقة (**ولو قال**) شخص بناء على صحة الجعالة على عمل معلوم : من رد عبدي مثلاً (**من بلد كذا**) فله كذا (**فرده**) العامل (**من**) مكان (**أقرب منه فله قسطه**) أي الأقرب (**من الجعل**) لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل فبعضه في مقابلة البعض ، فإن رده من نصف الطريق مثلاً استحق نصف الجعل ، ويجب فرضه كما قال ابن الرفعة فيما إذا تساوت الطريق سهولة وحزونة فإن تفاوتت بأن كانت أجرة نصف المسافة ضعف أجرة النصف الآخر فيقابله ثلثا الجعل .

تنبيه : شمل قوله : أقرب تلك البلدة وغيرها ، وهو كذلك وإن نظر في ذلك السبكي ، فلو قال مكي : من رد عبدي من عرفة فله كذا فرده من منى أو من التنعيم استحق بالقسط ؛ لأن التنصيص على المكان إنما يراد به الإرشاد إلى موضع الآبق أو مظنته ، لا أن الرد منه شرط في أصل الاستحقاق ، إذ لو أريد حقيقة ذلك المكان لكان إذا رده من دونه لا يستحق شيئاً ؛ لأنه لم يرده منه ، وخرج بأقرب ما لو رده من أبعد فلا يستحق للزيادة شيئاً (**ولو**) عمم المالك النداء ، كأن قال : من رد عبدي فله كذا و (**اشترك**) حينئذ (**اثنان**) مثلاً

فِي رَدِّهِ اشْتَرَكَا فِي الجُعْلِ ، وَلَوِ الْتَزَمَ جُعْلاً لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي العَمَلِ إِنْ قَصَدَ إِعَانَتَهُ فَلَهُ كُلُّ الجُعْلِ ، وَإِنْ قَصد العَمَلَ لِلْمَالِكِ فَلِلأَوَّلِ قِسْطُهُ ، وَلا شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحالٍ ،

غير معينين (**في رده اشتركا في الجعل**) لحصول الرد منهما ، والاشتراك فيه على عدد الرؤوس وإن تفاوتا في العمل ؛لأنه لا ينضبط أي غالباً حتى يقع التوزيع عليه وخالف هذا ما لو قال : من دخل داري فأعطه درهماً فدخل جمع استحق كل واحد درهماً ؛ لأن كل واحد دخل وليس كل واحد يراد ، وما لو قال : من حج عني فله دينار فحج عنه اثنان معاً لم يستحق واحد منهما شيئاً لأن أحدهما ليس أولى من الآخر كالوليين في عقد النكاح كما ذكروه في كتاب الحج ، فإن سبق أحدهما استحق ، ولو قال : من رد العبدين من كذا فله دينار فردهما سامع من نصف المسافة ، أو رد أحدهما من جميعها استحق النصف عملاً بالتوزيع على العمل ، أو قال لاثنين : إن رددتما العبدين فلكما كذا فردهما واحد منهما فله النصف ، أو رد أحدهما واحداً من العبدين فله الربع لذلك فيهما قال السبكي : ولو قال : أي رجل رد عبدي فله درهم فرده اثنان اقتسما الدرهم بينهما على الأقرب عندي ، ولو كان عبد بين اثنين لأحدهما ثلثه فقال لرجل : إن رددت عبدنا فلك دينار فرده فالدينار بينهما أثلاثاً على قدر الملك في أصح الوجهين كما قاله القاضي (**ولو التزم جعلا لمعين**) كإن رددت عبدي فلك دينار (**فشاركه غيره في العمل إن قصد**) الغير (**إعانته**) بعوض أو بغيره (**فله**) أي المعين (**كل الجعل**) لأن رد غير المعين بقصد الإعانة له واقع عنه ومقصود المالك رد الآبق بأي وجه أمكن ، فلا يحمل لفظه على قصر العمل على المخاطب (**وإن قصد**) المشارك (**العمل**) لنفسه أو (**للمالك**) أو مطلقاً كما بحثه شيخنا (**فللأول**) أي المعين (**قسطه**) وهو النصف ، إذا القسمة على عدد الرؤوس كما مر وإن أفهمت عبارته أنها على قدر العمل ، ولو قصد العمل لنفسه والعامل ، أو للعامل والملتزم أو للجميع فللمعين في غير الأخيرة ثلاثة أرباع الجعل وفيها ثلثاه ، ولو شاركه اثنان في الرد فإن قصدا إعانته فله تمام الجعل أو العمل للمالك فله ثلثه أو واحد إعانته والآخر العمل للمالك فله ثلثاه (**ولا شيء للمشارك بحال**) في أي حال مما قصده ؛ لأن المالك لم يلتزم له شيئاً . نعم إن التزم له العامل بشيء لزمه ، ولو قال لزيد : رد عبدي مثلاً ولك دينار فأعانه آخر فالكل لزيد ، فقد يحتاج للمعاونة وغرض الملتزم العمل بأي وجه أمكن فلا يحمل على قصر العمل على المخاطب ، ويجوز للعامل أن يستعين بغيره إذا لم يكن معيناً وإن لم يعجز ؛ لأن الجعالة

خفف فيها وإن كان معيناً . فهو كالوكيل فيجوز أن يستعين به فيما يعجز عنه أو لا يليق به كما يوكل فيه ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره كالتوكيل في الاحتطاب ونحوه فيجوز .

فائدة : استنبط السبكي رحمه الله تعالى من استحقاق المجعول له تمام الجعل إذا قصد المشارك إعانته ، ومن استحقاق العامل في المساقاة نصيبه إذا تبرع عنه المالك أو أجنبي في العمل جواز الاستنابة في الإمامة ، وكل وظيفة تقبل الاستنابة كالتدريس بشرط أن يستنيب مثله أو خيراً منه ويستحق كل المعلوم . قال : وإن أفتى ابن عبد السلام والنووي بعدم استحقاق واحد منهما . قالا : أما المستنيب فلعدم مباشرته . وأما النائب فلعدم ولايته إلا أن يأذن له الناظر في المباشرة . قال الزركشي : ومدركهما في ذلك أن الريع ليس من باب الإجارة ولا الجعالة ؛ لأن شرطهما أن يقع العمل فيهما للمستأجر والجاعل ، والعمل هنا لا يمكن وقوعه للجاعل فلم يبقَ إلا الإباحة بشرط الحضور ولم يوجد فلا يصح إلحاقه بهذه المسألة . وقال الأذرعي : وما ذكره رحمه الله تعالى فتح باب لأرباب الجهات والجهالات في تولي المناصب الدينية واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنذر يسير من المعلوم ويأخذ ذلك المستنيب مال الوقف على ممر الأعصار اهـ وقال الغزي بعد تمثيل السبكي بالإمامة ، وهذا بخلاف الفقهاء . قال ابن شهبة : وهو واضح ؛ لأنه لا يمكن أن يستنيب من يتفقه عنه اهـ . واعلم أن الجعالة إذا وردت على بذل المنافع في تحصيل الشيء فلها صورتان : إحداهما أن يكون الجعل على شيء واحد كقوله : من بنى لي حائطاً أو خاط لي ثوباً فله كذا فخاط بعض الثوب ، أو بنى بعض الحائط ، وسيأتي الكلام على ذلك . الثانية : أن يكون على تحصيل شيئين ينفك أحدهما عن الآخر كقوله : من رد العبدين فله كذا فرد أحدهما استحق نصف الجعل . قال الزركشي : وعلى هذا يتخرج غيبة الطالب عن الدرس بعض الأيام ، إذا قال الواقف من حضر شهر كذا فله كذا فإن الأيام كمسألة العبيد فإنها أشياء متفاصلة فيستحق قسط ما حضر . قال : فتفطن لذلك فإنه مما يغلط فيه . قال الدميري : ولذلك كان الشيخ تقي الدين القشيري إذا بطل يوماً غير معهود البطالة في درسه لا يأخذ لذلك اليوم معلوماً . قال : وسألت شيخنا عن ذلك مرتين فقال : إن كان الطالب في حال انقطاعه مشتغلاً بالعلم استحق وإلا فلا . قال : يعني شيخه : ولو حضر ولم يكن بصدد الاشتغال لم يستحق ؛ لأن المقصود نفعه بالعلم لا مجرد حضوره ، وكان يذهب إلى أن ذلك من باب الإرصاد اهـ . قال الزركشي : ولو تولى وظيفة وأكره على عدم مباشرتها أفتى الشيخ تاج الدين الفزاري باستحقاقه المعلوم ، والظاهر خلافه ؛ لأنها جعالة وهو لم

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الفَسْخُ قَبْلَ تَمَامِ العَمَلِ ، فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ الشُّرُوعِ أَوْ فَسَخَ العَامِلُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَلا شَيْءَ لَهُ ،

يباشر اهـ والظاهر ما أفتى به الشيخ تاج الدين ، والذي ينبغي أن يقال في ذلك أن هذه الوظائف إن كانت من بيت المال وكان من هي بيده مستحقاً فهو يستحق معلومها سواء أحضر أم لا استناب أم لا . وأما النائب فإن جعل له معلوماً في نيابته استحق وإلا فلا ، فإن لم تكن من بيت المال ، أو كانت ولم يكن مستحقاً فيه ، فما قاله المصنف هو الظاهر **(ولكل منهما)** أي المالك والعامل **(الفسخ قبل تمام العمل)** لأنه عقد جائز من الطرفين . أما من جهة الملتزم فلأنها تعليق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية . وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول فأشبهت القراض .

تنبيه : إنما يتصور الفسخ ابتداء من العامل المعين . وأما غيره فلا يتصور الفسخ منه إلا بعد الشروع في العمل ، وتقدم أنه لا يشترط قبول العامل فيؤول الفسخ في حقه بالرد ، وخرج بقوله : قبل تمام العمل ما بعده فإنه لا أثر للفسخ حينئذ للزوم الجعل **(فإن فسخ)** بضم أوله بخطه : أي فسخ المالك أو العامل المعين **(قبل الشروع)** في العمل **(أو فسخ العامل بعد الشروع)** فيه **(فلا شيء له)** في الصورتين . أما الأولى فلأنه لم يعمل شيئاً ، وأما في الثانية فلأنه لم يحصل غرض المالك ، سواء أوقع العمل مسلماً أم لا كما جزم به ابن الرفعة . نعم لو زاد المالك في العمل ولم يرضَ العامل بالزيادة ففسخ لذلك فله أجرة المثل كما ذكره في أصل الروضة في آخر المسابقة ، لأن المالك هو الذي ألجأه لذلك ، وقول الإسنوي : وقياسه إذا نقص من الجعل ممنوع وإن كان الحكم صحيحاً ؛ لأن النقص فسخ كما سيأتي فهو فسخ من المالك لا من العامل ولو فسخ العامل والملتزم معاً لَمْ أَرَ مَنْ ذكره ، وينبغي عدم الاستحقاق لاجتماع المقتضي والمانع وإن عمل العامل شيئاً بعد الفسخ . قال في أصل الروضة : لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ ، فإن لم يعلم بنى على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه اهـ وقضية البناء عدم الاستحقاق وهو المعتمد كما جزم به ابن المقري وإن قال الماوردي والروياني : إن له المسمى إذا كان جاهلاً وهو معين أو لم يعين المالك بالفسخ . قال ابن شهبة : ولعل ما قاله الماوردي والروياني مبني على أن الوكيل لا ينعزل إلا بالعلم ، وتنفسخ أيضاً بموت أحد المتعاقدين وبجنونه وإغمائه ، وإن مات المالك بعد الشروع في العمل فرده إلى وارثه وجب قسط ما عمله في الحياة من

وَإِنْ فَسَخَ المَـالكُ بَعْـدَ الشُّرُوعِ فَعَلَيْـهِ أُجْرَةُ المِثْلِ في الأَصَحِّ ، وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ في الجُعْـلِ قَبْلَ الفَـرَاغِ وَفَائِـدَتُهُ بَعْـدَ الشُّرُوعِ وُجُوبُ أُجْرَةِ المِثْلِ ،

المسمى . قال الماوردي : ولو مات العامل فرده وارثه استحق القسط أيضاً اهـ وهذا إذا كان العامل معيناً . أما غير المعين فيظهر أنه يستحق الجميع بعمله وعمل مورثه ، كما لو رده اثنان ، وهذا ظاهر ولم أرَ من ذكره **(وإن فسخ المالك بعد الشروع)** في العمل **(فعليه أجرة المثل)** لما عمله العامل **(في الأصح)** لأن جواز العقد يقتضي التسليط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يفوت عليه فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالإجارة إذا فسخت بعيب وربما عبر معظم الأصحاب عن ذلك بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن : أي يلتزم للعامل أجرة مثل ما عمل وجرى عليه صاحب التنبيه . والثاني : لا شيء عليه كما لو فسخ العامل بنفسه والفرق ظاهر ، وعلى الأول لا فرق بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلاً كرد العبد إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال : إن عَلَّمت ابني القرآن فلك كذا فعلمه بعضه ثم منعه من تعليمه كما جزم به في أصل الروضة . ووقع للأذرعي في شرحه هنا خلاف ذلك فليحذر . فإن قيل قياس ما لو مات المالك في أثناء المدة حيث تنفسخ ، ويستحق القسط من المسمى أن يكون هنا كذلك ، وأي فرق بين الفسخ والانفساخ ؟ أجيب بأن العامل ثم تمم العمل بعد الانفساخ ولم يمنعه المالك منه بخلافه هنا **(وللمالك أن يزيد وينقص)** أي يتصرف **(في الجعل)** أي الذي شرطه للعامل بزيادة أو نقص أو يعتبر جنسه **(قبل الفراغ)** من عمل العامل ، سواء أكان قبل الشروع أم بعده كما يجوز في البيع في زمن الخيار بل أولى ، كأن يقول : من رد عبدي فله عشرة ثم يقول : فله خمسة أو عكسه ، أو يقول : من رده فله دينار ثم يقول : فله درهم ، وإن سمع العامل ذلك قبل الشروع في العمل اعتبر النداء الأخير ، وللعامل ما ذكر فيه وإن لم يسمعه العامل ، أو كان بعد الشروع فهو ما ذكره بقوله **(وفائدته بعد الشروع)** في العمل أو قبله ولم يسمعه العامل **(وجوب أجرة المثل)** لأن النداء الأخير فسخ للأول والفسخ من المالك في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل . فلو عمل من سمع النداء الأول خاصة ، ومن سمع الثاني استحق الأول نصف أجرة المثل ، والثاني نصف المسمى الثاني ، والمراد بالسماع العلم ، وأجرة المثل فيما ذكر لجميع العمل لا للماضي خاصة ، ولا ينافيه ما مر من أنه لو عمل شيئاً بعد الفسخ لا شيء له ؛ لأن

وَلَوْ مَاتَ الآبِقُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ فَلا شَيْءَ لِلْعَامِلِ ، وَإِذَا رَدَّهُ فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ الجُعْلِ وَيُصَدَّقُ المَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ الجُعْلِ أَوْ سَعْيَهُ فِي رَدِّهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا

ذلك فيما فسخ بلا بدل بخلاف هذا (**ولو**) تلف المردود قبل وصوله كأن (**مات الآبق**) بغير قتل المالك له (**في بعض الطريق**) ولو بقرب دار سيده (**أو**) غصب أو تركه العامل أو (**هرب**) ولو في دار المالك قبل تسليمه له (**فلا شيء للعامل**) وإن حضر الآبق لأنه لم يرده بخلاف ما لو اكترى من يحج عنه فأتى ببعض الأعمال ومات حيث يستحق من الأجرة بقدر ما عمل ، وفرقوا بينهما بأن المقصود من الحج الثواب وقد حصل ببعض العمل وهنا لم يحصل شيء من المقصود ، وبأن الإجارة لازمة تجب الأجرة فيها بالعقد شيئاً فشيئاً ، والجعالة جائزة لا يثبت فيها شيء إلا بالشرط ولم يوجد ، ولو خاط نصف الثوب فاحترق أو تركه أو بنى بعض الحائط فانهدم أو تركه أو لم يتعلم الصبي لبلادته فلا شيء له كما لو طلب الآبق فلم يجده ، هذا إذا لم يقع العمل مسلماً ، وإلا فله أجرة ما عمل بقسطه من المسمى كما لو مات الصبي في أثناء التعليم لوقوعه مسلماً بالتعليم مع ظهور أثر العمل على المحل ، ومحله إذا كان حراً كما قيده به في الكفاية ، فإن كان رقيقاً لم يستحق إلا إذا سلمه السيد أو حصل التعليم بحضرته أو في ملكه ، ولا يشكل هذا بما تقدم في الفسخ من أنه لا يستحق مطلقاً ؛ لأن التقصير بالفسخ جاء من جهته مع تمكنه من تمام العمل بخلاف ما هنا ، ولو منع الصبيَّ أبوه من تمام التعلم أو المالك من تمام العمل وجب له أجرة المثل لما عمله ؛ لأن المنع فسخ أو كالفسخ . أما إذا قتله المالك فيستحق العامل القسط كما لو فسخ المالك ، ولو أعتق المالك رقيقه قبل رده . قال ابن الرفعة : يظهر أن يقال : لا أجرة للعامل إذا رده بعد العتق وإن لم يعلم لحصول الرجوع ضمناً : أي فلا أجرة لعمله بعد العتق تنزيلاً لإعتاقه منزلة فسخه (**وإذا رده**) أي الآبق العامل على سيده (**فليس له حبسه لقبض الجعل**) لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق ، وكذا لا يحبسه لاستيفاء ما أنفقه عليه بإذن المالك (**ويصدق المالك**) بيمينه (**إذا أنكر شرط الجعل**) للعامل بأن اختلفا فيه ، فقال العامل شرطت لي جعلاً وأنكر المالك (**أو**) أنكر (**سعيه**) أي العامل (**في رده**) أي الآبق بأن قال : لم ترده وإنما رجع بنفسه ؛ لأن الأصل عدم الشرط والرد ، ولو اختلف المالك والعامل في بلوغه النداء فالقول قول الراد بيمينه كما لو اختلفا في سماع ندائه (**فإن اختلفا**)

فِي قَدْرِ الجُعْلِ تَحالَفا .

أي الملتزم والعامل (**في قدر الجعل**) بعد فراغ العمل أو بعد الشروع وقلنا للعامل قسط ما عمله (**تحالفا**) وفسخ العقد ، ووجب للعامل أجرة المثل كما لو اختلفا في الإجارة . أما قبل الشروع فلا استحقاق له فلا تحالف ومثله الاختلاف في قدر العمل كقوله : شرطت له مائة على رد عبدين فقال : بل على عبد .

خاتمة : يد العامل على ما يقع في يده إلى أن يرده يد أمانة ، فإن خلاه بتفريط ضمن لتقصيره ، وإن أنفق عليه مدة الرجوع فمتبرع إلا أن يأذن له الحاكم أو يشهد عند فقده ليرجع ، ومن وجد مريضاً عاجزاً عن السير بنحو بادية لزمه المقام معه إلا إن خاف على نفسه أو نحوها وإذا أقام معه فلا أجر له ، ولو مات المريض لزمه إن كان أميناً حمل ماله إلى ورثته وإلا فلا يلزمه وإن جاز له وإلا يضمنه في الحالين لو تركه ، وحكم المغشي عليه حكم المريض كما أفاده كلام الروضة لا حكم الميت كما قاله ابن المقري ، ولو سرق الآبق قطع كغيره ويحفظه الحاكم إذا وجده انتظاراً لسيده ، فإن أبطأ سيده باعه الحاكم وحفظ ثمنه ، فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

تم الجزء الثالث
ويليه الجزء الرابع وأوله
كتاب الفرائض

الفهـــرس

كتاب السلم

كتاب الرهن

كتاب التفليس

كتاب الشركة

كتاب الوكالة

